Festschrift für Karl von Amira

Karl von Amira

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 9, 1927.

FESTSCHRIFT

FÜR

KARL VON AMIRA.

ZU SEINEM SECHZIGSTEN
GEBURTSTAGE

GEWIDMET

VON

SEINEN SCHÜLERN.

BERLIN.
VERLAG VON O. HÄRING.
1908.

FESTSCHRIFT

FÜR

KARL VON AMIRA.

ZU SEINEM SECHZIGSTEN
GEBURTSTAGE

GEWIDMET

VON

SEINEN SCHÜLERN.

BERLIN.
VERLAG VON O. HÄRING.
1908.

Digitized by Google

For Tx
F

MAY 9 1927

Digitized by Google

Hochverehrter Herr Professor!

Unsere Sache kann es heute nicht sein, Allbekanntes auszuführen und Ihnen zu sagen, was Sie für die germanistische Rechtswissenschaft der Gegenwart bedeuten.

Nur was Sie uns sind, was wir Ihnen als unserem Lehrer für unser Leben verdanken, mit welcher Hochachtung und Verehrung wir zu Ihrer hervorragenden Persönlichkeit emporblicken, wie wir Ihnen Dank wissen für die Fülle von Anregung und Belehrung, die Sie uns in nie versagender väterlicher Freundschaft gegeben haben, das möchten wir mit schlichten Worten zum Ausdruck bringen an dem Festtage, den Ihre Familie und Ihr Freundeskreis gehobenen Herzens feierlich begehen.

Ihnen als dem Feinde aller Aufserlichkeiten, glaubten wir unseren Dank und unsere Glückwünsche,

Digitized by Google

die aus vollem Herzen kommen, am besten in die Form zu kleiden, die Ihnen als Gelehrtem wohl am nächsten steht. Und so mögen Sie diese kleine literarische Gabe freundlich und wohlwollend entgegennehmen als bescheidenes und anspruchloses Zeichen der Gesinnung, mit der wir den heutigen Tag feiern und mit der wir all Ihr ferneres Wirken begleiten, als wär's ein Teil von uns.

Graz, München und Wien, den 8. März 1908.

Bartsch.
Doublier.
Goldmann.
Puntschart.
v. Schwerin.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seelgerätsstiftungen im XIV. Jahrhundert, von Robert Bartsch (Wien) 1
Entlohnung der altnorwegischen Gefolgschaft, von Othmar Doublier (Wien) 59
Zur Geschichte des fränkischen Eidganges, von Emil Goldmann (Wien) 79
„Pfandrechte an eigener Sache“ nach deutschem Reichsrecht, von Paul Puntschart (Graz) 103
Zur friesischen Kampfklage, von Claudius Frh. v. Schwerin (München) 177

Digitized by Google

SEELGERÄTSSTIFTUNGEN

IM XIV. JAHRHUNDERT.

EIN BEITRAG ZUR GESCHICHTE DES TESTAMENTS
IN ÖSTERREICH

VON

ROBERT BARTSCH.

Digitized by Google

I.

Das Bestreben der Kirche, letztwillige Verfügungen zu frommen Zwecken in Deutschland einzubürgern, datiert seit der Christianisierung[1]). Begreiflicherweise war es das Ideal der Kirche, ein freies Verfügungsrecht über das ganze Vermögen nach dem Tode zur Geltung zu bringen und dieses im Sinne des römischen Testamentsrechts auszubilden. Sobald daher das durch die Glossatoren neu erschlossene Recht der justinianischen Kompilation für die praktische Anwendung zugerichtet war — und das war es durch die Arbeiten der italienischen Juristen des 13. Jahrhunderts —, ging das Bestreben der Geistlichkeit dahin, dem römischen Testamentsrecht diesseits der Alpen Geltung zu verschaffen. Die populäre Literatur über fremdes Recht setzt in Österreich bekanntlich sehr früh ein, ein theoretisches und ein praktisches Werk gehören bereits dem 14. Jahrhundert an; jenes ist die Summa legum des Raymund von Wiener-Neustadt[2]), dieses das Baumgartenberger Formelbuch[3]). Beide lehren über letztwillige Verfügungen römisches Recht.

Die Summa des Raymund entnimmt ihre Lehre über das Testament einem Handbuch für Praktiker, der flos testamentorum des Rolandinus[4]). Der Raum verbietet es mir, hier im

[1]) Bekannt ist die Stelle der lex Saxonum tit. 62: Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere praeter ad ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat.

[2]) Tomaschek, Wiener S.B. 105 S. 241 ff. Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter, S. 483 ff.

[3]) Herausgegeben von Bärwald in Fontes rer. Austr. II, 25.

[4]) Seckel führt S. 496 bloß den Tractatus notularum des Rolandin als Quelle einer einzelnen Stelle der Summa an.

Digitized by Google

einzelnen nachzuweisen, wie eng sich Raymund stellenweise an sein Vorbild anlehnt, wie er seine Systematik auf einen Memorialvers Rolandins aufbaut, wie er seiner Quelle auch dort folgt, wo er sie nicht versteht. Merkwürdig ist, daß Raymund für seine Lehre von den letztwilligen Verfügungen nur den ersten Teil der flos benutzt, der von den Testamenten handelt, während er die Teile, die von den Kodizillen und den Schenkungen von Todes wegen handeln, nicht heranzieht; dies ist darum merkwürdig, weil die praktische Rezeption gerade den umgekehrten Weg ging. Schenkungen auf den Todesfall und Verfügungen, die man als Vermächtnisse bezeichnen kann, finden sich verhältnismäßig viel früher in der Praxis als eigentliche Testamente mit der Einsetzung eines Erben.

Schon die enge Anlehnung an die fremde Quelle bewirkt es, daß wir bei Raymund wenig einheimisches Recht finden können. Nur beim Pflichtteilsrecht (unter der Rubrik quantum de jure testari debeat) erwähnt er als consuetudines provinciarum deutsche Verfügungsbeschränkungen[1]). Als solche werden angeführt: freie Verfügung über Fahrhabe (auch auf dem Siechbett) neben Gebundenheit bezüglich liegender Güter[2]); ferner Zustimmung mündiger Söhne zu Enterbung oder Übergehung ehelicher Kinder; Erbenwartrecht bei Erbgut, Verfügungsfreiheit bei res adventiciae; endlich die „mala consuetudo", daß zum Testament körperliche Gesundheit notwendig sei.

Viel näher dem einheimischen Recht steht das Baumgartenberger Formelbuch. Im theoretischen Teil des Werkes ist ein Kapitel de quibusdam incidentiis, in dem der Verfasser unabhängig von seiner sonstigen Quelle, der summa dictaminum des Ludolf von Hildesheim, eine Reihe von Materien behandelt, in denen er neben formellen Dingen (z. B.

[1]) Abgedruckt bei Tomaschek S. 305.

[2]) So das Wiener-Neustädter Stadtrecht des 14. Jahrhunderts, Kap. 80. S. unten S. 22.

Digitized by Google

Datierung der Urkunde) vorwiegend rechtliche Fragen behandelt, die den Urkundeninhalt betreffen.

Daß gerade dieser Teil des Verfassers eigenes Werk ist, ist sehr wahrscheinlich, denn in diesem Teile nimmt der Verfasser auf seine engere österreichische Heimat wiederholt Bezug; er läßt die Urkunden, die er als Beispiel anführt, von einem österreichischen Herzog und einem tirolischen Grafen oder von Wiener und Linzer Bürgern ausstellen, er betont das Sondergewohnheitsrecht seiner Heimat, verweist auf abweichende Gebräuche in Mähren und in Oberitalien, verwendet mitunter Ausdrücke der deutschen Rechtssprache. Der ausführlichste Abschnitt dieses Kapitels handelt von den Testamenten. Er zeigt uns eine eigentümliche Gestaltung des deutschen Testamentsrechts. Bereits sind römische Ausdrücke, römische Begriffe eingedrungen, aber sie werden nur höchst äußerlich angewendet, innerlich ist es deutsches Recht, was der Verfasser vorträgt. Seine Muster sind darum auch keine Testamente im römischen Sinne.

Die Definition des Testaments wird ziemlich im Anschluß an Modestins Worte in D. 28,1, fr. 1 als voluntatis ultima sententia de eo, quod post mortem suam aliquis fieri voluit gegeben, wozu der Verfasser erklärend hinzufügt, daß hiermit Dispositionen über das Vermögen gemeint seien. Auch die etymologische Ableitung von testatio mentis, aus J. 2, 10 pr. wird angeführt.

Sehr scharf werden dann die Letztwilligkeit und Widerruflichkeit des Testaments im Geiste und mit den Worten des römischen Rechtes (deambulatoria voluntas D. 34, 4 fr. 4) hervorgehoben. Dies wird genau expliziert und dann bemerkt, daß ein vertragsmäßiger Verzicht auf Änderung des Testaments[1]) ebensowenig wie eine Konfirmation durch fürstliches Privilegium an der Widerruflichkeit etwas ändern könne.

[1]) Licet pactum fecerit, quod non debeat mutare (die Praxis hält es, wie wir sehen werden, umgekehrt).

Digitized by Google

„Und wenn man tausend Testamente an einem Tage machte" schließt der Verfasser, „so gilt doch nur das, das den letzten Willen enthält, alle anderen werden aufgehoben." (Fontes Rerum Austriacarum II, 25, S. 62.)

Der Verfasser bleibt auch in der folgenden Erörterung der Testierfähigkeit wesentlich römisch, aber seine Erklärungen zeigen, daß er die römischen Erfordernisse mit deutschen Augen ansieht. Testierunfähig ist vor allem der servus, der mit proprius alicuius erläutert wird, ferner der Geisteskranke, der Taube und Stumme; beim impubes fällt uns auf, daß kein fixer Alterstermin genannt wird, sondern die allgemeine Bezeichnung: qui necdum adolescentiam transivit[1]) et est omnino imberbis. Dieses äußere sinnliche Merkmal der Bärtigkeit ist echt deutsch, wir finden es im Sachsenspiegel I, 42 (Grimm RA. I, 572), und ein von Grimm (Weist. III, 521) mitgeteiltes Weistum von 1380 sagt uns: wen sie zu iren Tagen quemen, wer die sein, das man erkennet, das sie sich zwischen zweyen berten gurten mogen.

Unter den Gründen, die das Testament aufheben, wird als erster angeführt die adgeneratio postumi. Der postumus wird in höchst äußerlicher und das Wesentliche gar nicht treffender Weise als ultimus filius definiert, wenn auch das hinzugefügte Beispiel die nach römischem Recht richtige Entscheidung trifft[2]). Der Verfasser hat diesen Punkt, ohne ihn genügend zu verstehen, wahrscheinlich anders woher übernommen.

Nachträglich eintretende Rechtlosigkeit und Selbstmord vernichten das Testament.

Die Form des Testaments ist römisch. Genauer erläutert wird, dem Zweck des Buches entsprechend, nur das schriftliche Testament, wiewohl die Gültigkeit eines bloß mündlichen Testaments ausdrücklich festgestellt wird.

[1]) Vgl. „Der noch nicht zu seinen Jahren gekommen ist".

[2]) Si ergo aliquis, habens tres vel quatuor filios, faciat testamentum, et si postea generet postumum, testamentum irritabitur, ne videlicet postumus negligatur (a. a. O. S. 62).

Digitized by Google

Römisch ist das Erfordernis der unitas actus[1]), wobei auch die kasuistischen Einschränkungen aus C. 6, 23, c. 28 über die Unwesentlichkeit geringfügiger Unterbrechungen erwähnt sind. Der Verfasser kennt das römische Normaltestament mit sieben Zeugen und das testamentum ruri conditum mit fünf Zeugen. Aber während diese zweite Form nach römischem Recht ein lokales Privileg unabhängig von der Person des Testators darstellt und die Möglichkeit gewähren will, an Orten zu testieren, an denen eine Versammlung von sieben Zeugen nicht möglich ist, wird sie im Formelbuch zu einer der ersten Form gleichwertigen, indem sie als das testamentum plebiorum, ut rusticorum et suorum equipollentium erklärt wird, während nobiles mit sieben Zeugen testieren müssen. So wird statt lokaler Verhältnisse der Stand des Testators für die Anwendung der beiden Formen maßgebend. Gerade in derartigen scheinbar unbedeutenden Umdeutungen zeigt sich die Eigentümlichkeit des Verfassers; einerseits die geringe Tiefe seiner Kenntnis des römischen Rechtes, anderseits die Kraft nationaler Anschauungen, die sich auch in so fremdartigen Materien, wie es das römische Testamentsrecht ist, zur Geltung bringen.

Das Erfordernis, daß die Zeugen rogati sein müssen, hat der Verfasser nicht verstanden, er erinnert nur den Urkundenschreiber, daß Zeugen nur de eorum scitu et voluntate in die Urkunde aufgenommen werden dürfen.

Der Filius emancipatus wird definiert als derjenige, qui accepta portione substantiae que eum contigit, sit extra patris potestatem. Also die Abschichtung, die Ausstattung mit dem gebührenden Erbteil erscheint dem Verfasser als das wesentliche an der Emanzipation; denn nur aus diesem Gesichtspunkte heraus kann er es verstehen, warum der Vater zwar nicht

---

[1]) Bärwald liest mit der Wiener Hs. uno conceptu. Ich würde mit Rücksicht auf D. 28, 1, fr. 21, § 3 und J. 2, 10, § 3 die Lesart der Zwettler Hs. uno contextu vorziehen.

Digitized by Google

den unter seiner Gewalt befindlichen Sohn, wohl aber den Emanzipatus im Testament mit Stillschweigen übergehen darf. Übrigens fügt er hinzu, daß die consuetudo nostrorum temporum auf die Notwendigkeit, gewaltunterworfene Söhne im Testament zu erwähnen, nicht viel Gewicht lege.

So viel der Verfasser dem römischen Recht entnimmt, ebenso wichtig, ja vielleicht noch wichtiger ist, was er dem römischen Recht nicht entnimmt, um so mehr als es der Angelpunkt des ganzen römischen Testaments, ja des ganzen römischen Erbrechtes ist: die Erbeseinsetzung. Der Gedanke der Universalsukzession ist ihm fremd, die Notwendigkeit, einen Erben zu ernennen, kennt er nicht. Er sagt zwar: item testamentum continere debet nomen testatoris et heredum vel heredis. Allein hier ist heres durchaus nicht in technischem Sinne gemeint, sondern bedeutet einfach den Bedachten. Beweis dafür ist eine andere Stelle, worin er seine Erörterungen zu praktischen Regeln für den Notar zusammenfaßt; er sagt dort einfach: testamentum debet habere nomen testatoris et eorum nomina, quibus fit testatio; ferner beweist es das angeführte Mustertestament, das die verschiedenartigsten Bestimmungen, aber keine Erbeseinsetzung enthält; es findet vielmehr eine Verteilung des Vermögens in Gaben statt, die nach römischem Recht durchaus als Legate zu betrachten wären.

Eine zweite sehr wichtige Abweichung vom römischen Recht ist die Möglichkeit des testamentum per amicum, die Erklärung, daß das, was ein hierzu Bevollmächtigter anordnet, als des Erblassers letzter Wille zu gelten habe. Man vergleiche damit die Worte des Gajus in D. 28, 5, fr. 32 pr.: Illa institutio „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est. Möglich ist es, daß dem Baumgartenberger Mönch die Bestimmung Innocenz III. (c. 13, X, 3, 26) bekannt war: qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Das ist um so wahrscheinlicher, als die Möglichkeit, die Bestimmung des Testamentsinhaltes an einen anderen zu über-

Digitized by Google

lassen, unmittelbar auf die Erklärung des Ausdruckes intestatus folgt (qui moritur ita, quod non fecit testamentum). Jedenfalls tritt hier die deutsche Idee von der Vergabung durch den Salmann hervor. Die Auflassung des zu vermachenden Gutes an den Salmann konnte in der Weise erfolgen, daß dem Salmann eine bestimmte Person genannt wurde, an die das Gut weiterzugeben war, es konnte aber auch dem Salmann selbst überlassen werden, diese Person zu bestimmen.

Der Verfasser faßt seine Erörterungen in praktische Regeln für den Notar zusammen. Das Testament muß danach enthalten: 1. den Namen des Testators und der Bedachten; 2. die Erklärung des Testators, daß er freigeboren sei und freiwillig testiere; 3. daß er das testierfähige Alter habe; 4. daß er geistig zurechnungsfähig sei; 5. daß die Unitas actus gewahrt wurde; 6. die Angabe des Besitztitels an den vermachten Sachen[1]); 7. die Erklärung des Testators, daß er sie rechtsmäßig besitze; 8. eine Erklärung über den Ausgang von Prozessen, die sich um die vermachte Sache drehten; 9. die ausdrückliche Erklärung, daß das Testament des Testators letzter Wille sei; 10. die Unterschriften der Zeugen, eventuell auch des Sieglers, der für den Testator siegelt, wenn dieser kein eigenes Siegel hat; zuletzt soll das Datum folgen.

Das nun folgende Mustertestament ist natürlich genau nach diesen Regeln gearbeitet. Nach einer Arenga über die Vergänglichkeit menschlicher Dinge und die daraus folgende Notwendigkeit schriftlicher Aufzeichnungen folgt ein Satz, der sämtliche erforderte Erklärungen des Testators in sich schließt

---

[1]) Auch dies ist deutschrechtlich; der Erblasser hat zu erklären, welcher Art sein Verhältnis zum vermachten Gut ist, ob es Eigen- oder Lehen- oder Zinsgut ist, ferner ob es Erb- oder Kaufgut ist, weil davon seine Verfügungsfähigkeit und der Charakter des vermachten Rechts abhängt.

Digitized by Google

und darum ganz formelhaft ist[1]). Zu bemerken wäre dazu nur, daß der Testator sich als eger quidem corpore sed sana mente bezeichnet. Ebenso heißt es in dem zweiten (abgekürzten) Formular: gravi egritudine detentus, ferner im dritten Formular: nimia fractus egritudine, im vierten: infirmitate corporis deprehensus und im fünften und letzten: egritudine corporis preoccupatus.

Diese ständige Wiederholung der schweren Erkrankung des Testators zeigt, daß der Verfasser eine Einschränkung der Testierfähigkeit infolge Siechtums nicht mehr kennt. Er scheint nach den angeführten Formeln das Testament auf dem Siechbette geradezu als Regel anzusehen und die Erwähnung der Krankheit, die zum Teil als Motiv für die Testamentserrichtung dient, meist aber die Betonung des Gegensatzes zur geistigen Gesundheit bildet, erscheint bei ihm geradezu als ein vom konkreten Falle unabhängiger formelhafter Bestandteil des Testaments[2]). Keinerlei Erwähnung wird in der Einleitung der Zustimmung dritter Personen getan. Der Verfasser steht also auf dem Standpunkte der Testierfreiheit und ignoriert ein Erbenwartrecht vollständig. Die Einzelbestimmungen des Mustertestaments sind durchwegs Verfügungen über einzelne Vermögensobjekte zugunsten einzelner bedachter Personen; die Einsetzung eines Erben, eine Verfügung über das gesamte Vermögen oder doch wenigstens über einen unverteilten Rest fehlt vollständig. Die Witwe erhält bestimmte Einkünfte als Leibzucht, die nach ihrem Tode den Kindern zufallen sollen, dann folgen Vermächtnisse an einzelne Söhne, wobei zu bemerken ist, daß der Erstgeborene, der als emancipatus bezeichnet wird, viel weniger erhält als der zweite, der noch in der patria potestas ist; ein Beweis dafür, daß unter emancipatio die Abschichtung

[1]) Siehe Anhang I.

[2]) Auch die Formulare des Rolandinus und des Durantis haben ähnliche Wendungen, z. B. Spec. jud. II, 2, § 12, nr. 36: sanus mente, licet languens (aeger) corpore.

Digitized by Google

verstanden wird. Hierauf kommen Legate an die Töchter; die unverheirateten erhalten besondere Summen zur Bestreitung der Hochzeitskleider und der Hochzeitsfeier. Edelsteine, Gold und Silber und die Kleider werden an Kirchen vermacht. Dann werden zwei Testamentsexekutoren ernannt und mit der nötigen Vollmacht ausgestattet. Anschließend folgt die Schlußklausel: Ceterum ne ulla de causa ordinatio mea convelli vel impediri possit, presentes literas — — predictis executoribus eiusdem testamenti tradidi, sigilli mei munimine roboratas, testibus ydoneis subnotatis, quorum hec nomina sunt etc.

Als besondere Testamentsart wird sodann das publicum testamentum erwähnt, und zwar findet es in dem Falle Anwendung, wenn der Testator über Forderungen disponiert. Dann erhalten die Testamentsexekutoren eine öffentliche Urkunde zur leichteren Eintreibung der Außenstände. Der Verfasser unseres Formelbuches kennt das italienische Notariatswesen, er erwähnt es hier ausdrücklich, aber er bemerkt, daß diese Einrichtung in seiner Heimat (apud nos) nicht bestehe, sondern daß hier ein testamentum publicum von der Stadtobrigkeit (judex et universitas civium) ausgestellt werde m. a. W. das Testament vor der Obrigkeit ersetzt das notarielle[1]).

Das hierauf folgende Muster entspricht den angeführten Erfordernissen. Richter und Bürgerschaft von Wien bezeugen in einer Einleitungs- und Schlußformel, daß ein Bürger ein Testament errichtet und die Testamentsexekutoren mit den nötigen Vollmachten ausgestattet habe. Dazwischen stehen die eigentlichen letztwilligen Verfügungen erzählungsweise

[1]) Vgl. auch Srbik, die Beziehungen von Staat und Kirche in Österreich während des Mittelalters S. 188. Die Testamentsformulare sind weder den italienischen Formeln bei Rolandinus und Durantis entlehnt, noch lassen sie auf eine gemeinsame Quelle mit diesen schließen; ebensowenig besteht ein Zusammenhang mit dem Formular einer litera testamenti der sächsischen Summa dictaminum (siehe dieses bei Rockinger, Quellen und Erörterungen IX, 330).

Digitized by Google

(in der dritten Person); zuletzt noch eine Bestätigung des Inhaltes der Urkunde durch den Testator. Dieses Muster trägt das für die Altersbestimmung des Formelbuches wichtige Datum vom Jahre 1302.

Zuletzt nach einer Bemerkung über das Äußerliche des Testaments erhalten wir noch Formeln für eine Urkunde, worin der Testator einem anderen die Vollmacht gibt, ut loco suo faciat testamentum iuxta discretionem suam. Auch diese Urkunde kann entweder als Privaturkunde vom Testator ausgestellt werden oder in Form einer öffentlichen von der Stadtobrigkeit ausgehen.

II.

Diese Gestaltung des Testamentsrechts erweckt auf den ersten Blick den Anschein, als ob sie direkt aus der Praxis geschöpft wäre, und umgekehrt liegt die Vermutung nahe, daß diese Annäherung des fremden Rechtes an das einheimische der Anwendung der Formularien in der Praxis sehr förderlich gewesen wäre und dadurch das Eindringen römischen Rechtes erleichtert habe.

Eine Durchsicht des erhaltenen österreichischen Urkundenmaterials des 14. Jahrhunderts[1]) ergibt aber ein vollständig negatives Resultat. Unter fast 6000 Urkunden, die aus diesem Zeitraum in verschiedenen Publikationen (darunter die großen

[1]) Die Beschränkung der Untersuchungen auf die österreichischen Länder ist sowohl durch den vermutlichen Entstehungsort der Summa Raymunds wie des Baumgartenberger Formelbuches als auch nach dem Vorkommen der Handschriften dieser Werke gerechtfertigt. Die zeitliche Beschränkung auf das 14. Jahrhundert hat ihren Grund darin, daß der Einfluß der genannten Schriften im Jahrhundert ihrer Entstehung wohl am ersten nachweisbar sein müßte, aber auch darin, daß nur für dieses Jahrhundert eine genügende Menge von Urkunden veröffentlicht ist, daß man daraus Schlüsse allgemeinen Inhaltes ziehen kann, während dies für das 13. und für das 15. Jahrhundert bei weitem nicht in gleichem Maße der Fall ist. Übrigens wurden die zeitlichen Grenzen nicht strenge eingehalten.

Digitized by Google

Werke[1]): Fontes Rerum Austriacarum, herausgegeben von der k. k. Akademie der Wissenschaften und das nunmehr neunbändige Oberösterreichische Urkundenbuch) veröffentlicht sind, finden sich außer fast 400 Seelgerätsstiftungen nur 68 letztwillige Erklärungen.

Unter diesen letztwilligen Erklärungen enthält die größere Hälfte (37) ausschließlich Verfügungen über ein einzelnes Vermögensstück oder zugunsten einer einzelnen Person, die kleinere Anzahl (31) enthält eine Mehrzahl von Verfügungen kombiniert, die mehr oder minder deutlich das ganze Vermögen des Verfügenden betreffen. Weder unter den Seelgerätsurkunden noch unter den eigentlichen letztwilligen Erklärungen sind auch nur ein einziges Mal Baumgartenberger Formulare angewendet. Weder ihre rhetorischen (Arengen) noch ihre juristischen Bestandteile sind irgendwo verwendet worden. Selbst Urkunden, die für das Kloster Baumgartenberg ausgestellt wurden, zeigen nirgends Spuren eines Einflusses des Formelbuches. Ebensowenig ist ein direkter Einfluß der Summa legum zu spüren.

Wie man sieht, überwiegen der Zahl nach beträchtlich die Seelgerätsurkunden, und man kann wohl sagen, daß auch, abgesehen von der Überlieferung, die hauptsächlich durch die Klöster erfolgte und daher der Erhaltung gerade dieser Kategorie von Urkunden günstig war, die Mehrzahl der Verfügungen auf den Todesfall in Seelgerätsstiftungen bestand. Eine Untersuchung dieser Gruppe von Urkunden wird daher für den Charakter testamentarischer Verfügungen des 14. Jahrhunderts im allgemeinen von Interesse sein. Daß aber Seelgerätsstiftungen überhaupt als Geschäfte auf den Todesfall, ja

[1]) Abkürzungen in der Zitation: FRA = Fontes Rerum Austriacarum, II. Abt. Diplomata et acta. OÖ = Urkundenbuch des Landes ob der Enns herausgegeben vom Museum Francisco-Carolinum. SP = St. Pöltner Urkundenbuch, 2 Bd. herausgegeben vom Verein f. Landeskunde von Niederösterreich. Urkunden sind stets mit der Nummer zitiert.

Digitized by Google

geradezu als Testamente angesehen wurden, dafür sind uns mehrfach gleichzeitige Zeugnisse erhalten.

Als ein solches Zeugnis mag das Formelbuch des Peter von Hall[1]) dienen, das unter der Rubrik „De testamentis et ordinacione testamentorum" (fol. 102 f.) neben anderen Urkunden auch Seelgerätsstiftungen unter den folgenden Bezeichnungen anführt: Donacio (castri, iuris patronatus, thelonei etc.) ad ecclesiam nomine testamenti, testamentum seu legatio ad ecclesiam pro perpetuo anniversario peragendo[2]), legacio decimae ad ecclesiam nomine testamenti usw.

Ein zweites Zeugnis für die Auffassung der Seelgerätsstiftung als Verfügung auf den Todesfall ist die technische Anwendung der Worte „schaffen" und „machen" für den Vergabungsakt, sowie dessen Bezeichnung als „Geschäft," worunter man bekanntlich bis in neuere Zeit Verfügungen auf den Todesfall verstand[3]) oder auch direkt als Testament (FRA II, 18. 67; OÖ. V, 55).

Man kann daher sehr wohl die Seelgerätsurkunde als die verbreitetste Form von „Geschäften" oder „Testamenten" des späteren Mittelalters ansehen.

Die Baumgartenberger Formularien fanden also, wie gesagt, keine Anwendung, dagegen fanden andere Formeln Anwendung. In dieser Hinsicht ergibt die Vergleichung der zahlreichen Urkunden zunächst, daß die Seelgerätsurkunde mit Urkunden über Sachübertragungsgeschäfte aller Art, Kauf-, Tausch-, Verpfändungsverträgen, Auflassungen von Gütern und Rechten aller Art viel Gemeinsames hat. Was sie unter-

---

[1]) Aus der ungedruckten Summa de formacionibus privilegiorum et instrumentorum. Die Summa ist ein Teil eines größeren Werkes: processus iudiciarius item et formulae. Der Schlußteil dieses Werkes, die Summa de literis missilibus ist in FRA II, 6, S. 9—123 veröffentlicht. Siehe dort auch S. 6.

[2]) Dieses Formular, das allgemein verbreitete Seelgerätsformular, ist als Anhang II abgedruckt.

[3]) Siehe unten S. 30, 31.

Digitized by Google

scheidet, liegt weniger im Formular als im Inhalt der Verfügung. Das charakteristischste ist noch die technische Bezeichnung des Übertragungsaktes (darüber unten S. 28 ff.). Immerhin läßt sich ein allgemeines Formular aufstellen. Es lautet regelmäßig folgendermaßen:

„Ich N. N. vergich an disen brief und tuen chunt allen, di disen brief lesent oder horent lesen, di nu lebent oder hernach chunftich sint, daz ich mit verdachtem muet und mit guetlichen willen und gunst miner erben ze der ceit, do ich iz wol getuen mochte, durch Got und miner seelenhail willen gemacht und geben han..." Dann folgt das Objekt, der Name des Bedachten (meist ein Kloster) und dessen Verpflichtung zur Abhaltung eines Jahrestages oder Erhaltung eines ewigen Lichtes.

Ebenso ständig ist die Schlußklausel, die gleichfalls dem allgemeinen Formular für Geschäftsurkunden aller Art entspricht: „Und darüber daz ditz gescheft stet und ewig beleib, gib ich disen brief ze einem offenen urchund versigelten mit minem insigel und auch der herrn N. N. insigel. Diser brief ist geben nach Christes gepurd etc."

Dazu kommen im konkreten Falle noch einzelne besondere Klauseln, namentlich über die Folgen der Nichteinhaltung der dem Bedachten auferlegten Verpflichtungen, über den Zeitpunkt des Überganges der Nutzung, über die Haftung des Stifters für die Rechtsgewährung usw.

Auch in den regelmäßig wiederkehrenden Formelbestandteilen sind zahlreiche Variationen zu bemerken, in der Wahl einzelner Ausdrücke, in der Reihenfolge der Klauseln, in gewissen Gedankenverbindungen usw. Diese Variationen sind nicht willkürlich, aber sie sind nur zum kleineren Teil auf die konkreten Umstände des Falles zurückzuführen; regelmäßig gehen sie wohl auf die Benutzung verschiedener Formulare zurück. Dafür spricht, daß sich sehr häufig im Besitz einzelner Klöster Urkunden mit gleichen Wendungen und Ausdrücken finden. Jedes Kloster scheint ein Formular be-

Digitized by Google

sessen zu haben, nach dem es Urkunden auf Wunsch der Stifter anfertigte. Dies trifft namentlich für die Klöster der Schotten in Wien[1]), Heiligenkreuz[2]), St. Pölten[3]), St. Bernhard[4]), Altenburg[5]) und Seitenstetten[6]) zu. Auch wechselt manchmal ein Kloster sein Formular im Laufe der Zeit.

Im folgenden mögen die einzelnen Formularbestandteile eine kurze Besprechung finden.

III.

Die Seelgerätsurkunde enthält im Eingang selten eine Invocatio oder eine Arenga, dagegen folgen auf die Nennung des Ausstellers und eine Pronunziationsformel, wie sie bei Urkunden aller Art üblich sind (tue kund allen die den brief lesen oder hören lesen, publice profitemur et scire cupimus universos tam praesentes, quam futuros u. a.) regelmäßig vier Klauseln in wechselnder Reihenfolge. Sie bringen zum Ausdruck: 1. die Besonnenheit des Verfügenden; 2. die Zustimmung der Verwandten; 3. den Zustand der Verfügungsfähigkeit; 4. das Motiv der Verfügung.

1. Die Besonnenheit wird am häufigsten durch die Worte mit verdachtem mut (OÖ IV, 401, 570, V, 19, 29; SP 202, 340; FRA II, 6. 47, siehe Anhang III), mit wohlbedachtem (wohlverdachtem mut) (OÖ VI, 209, 329, 370, 371, VII, 36, 86; SP 239, 364, 712; FRA II, 6. 12, 62, 65, 77; 16. 21) bezeichnet. Oft wird der eigene Wille besonders betont „mit verdachtem mut und mit gutem Willen" (OÖ IV, 411, V, 399; SP 262, 368; FRA II, 6. 46, 60, 103, 110; 18. 232), auch der gute Wille allein genannt (SP 271) oder auch die „gute

[1]) S. unten S. 42, 48.
[2]) S. unten S. 21, 28.
[3]) S. unten S. 18, 22, 42.
[4]) S. unten S. 21, 30, 48.
[5]) S. unten S. 43, 45.
[6]) S. unten S. 48.

Digitized by Google

betrachtung" ab und zu neben dem verdachten Mut erwähnt (SP 304, OÖ V, 422, VI, 287); desgleichen findet man „gute bescheidenheit und gewizzen" (OÖ VII, 369), oder „guter fürsatz" (SP 169). Lateinisch wird die Besonnenheit meist durch die Wendung cum matura deliberatione (OÖ V, 24) oder de maturo (nostro) consilio (OÖ V, 4, vgl. Anhang II) ausgedrückt.

Die Besonnenheitsklausel schließt sich eng an die Zustimmungsklausel (siehe unten) an, ja es bleibt oft schwankend, ob der Erblasser in einer Klausel, in der er erwähnt, er habe sich mit Freunden beraten, mehr Gewicht auf die Reiflichkeit seiner Überlegung oder auf die Zustimmung der Freunde legt, so wenn er sagt, er verfüge „mit guetem willen unser selbes" und der Verwandten (FRA II, 6. 43) oder wenn er „mit gemein bedachtem rat" (SP 396), „mit wohlverdachtem mut und nach zeitigem rat" (SP 220) verfügt, ohne anzuführen, wessen Rat er eingeholt hat.

2.[1]) Fast ebenso regelmäßig wie die ausdrückliche Erwähnung der Besonnenheit finden wir die Zustimmung anderer Personen, vor allem von Verwandten ausgedrückt. Guter (gütlicher) Wille, Gunst und Rat sind die häufigsten Bezeichnungen, selten alle drei zugleich verwendet (mit unser erben und besten freund rat gunst und guten willen OÖ VII, 305; SP 640; FRA II, 6. 51), öfter zwei Ausdrücke in mannigfachen Kombinationen, am häufigsten mit (guetem oder guetlichem) willen und gunst der erben OÖ VII, 71, 153; SP 262, 348, 576, 644, 822; FRA II, 6. 77; doch finden sich auch Rat und Gunst (OÖ V, 399, VII, 86; SP 349) und Rat und Wille vereinigt (OÖ V, 442, VII, 99, 149; SP 239). Auch einzeln finden sich diese Bezeichnungen, hier vor allem der Wille besonders häufig genannt (OÖ IV, 401, V, 29, VI, 329, VII, 151, 157, 268; SP 178, 198; FRA II, 6. 47, 76), doch

[1]) Siehe zu diesem ganzen Abschnitt Hasenöhrl, Österr. Landesrecht S. 135 ff.

Digitized by Google

auch Gunst (OÖ VII, 121; SP 396, 669; FRA II. 6. 62) und Rat (OÖ V, 35, VII, 16; SP 368, 490; FRA II, 6. 65). Lateinisch finden sich ähnlich verwendet, einzeln und kombiniert, bona voluntas, consensus und consilium (OÖ IV, 412, 524; SP 62, 145; FRA II, 6. 28, 69, 119).

Die Anwendung der genannten drei Ausdrücke erfolgt nicht willkürlich, sondern sie ist regelmäßig von der Verwandtschaftsnähe und damit wohl von der Intensität des Wartrechts des Zustimmenden abhängig. Guter Wille und Gunst sind im allgemeinen den Näherstehenden, der Rat den Fernerstehenden zugewiesen. Am häufigsten ist die Unterscheidung dahin gemacht, daß der „Erben" guter Wille oder Gunst und der „Freunde" Rat eingeholt wurde.

So finden wir die Wendung „mit gutem willen der erben" (OÖ IV, 401, VI, 287, 371, VII, 151, 286; SP 178, 198; FRA II, 6. 76) mit gunst aller meiner erben (OÖ VII, 120; SP 669; FRA II, 6. 62), „mit (gutem) willen und gunst aller unser erben" (OÖ VII, 71, 153). Diese Wendung ganz besonders häufig in SP, z. B. 262, 340, 348, 759, 822; dagegen: „nach unser freunt rat" (SP 368, 490; FRA II, 6. 65) mit zeitigem rat der freunde (OÖ V, 35, VI, 99).

Sehr häufig sind beide Wendungen kombiniert und zwar häufiger disjunctim, seltener conjunctim. In ersterer Hinsicht sei angeführt: „mit zeitigem rat unser pesten freunt, mit gunst und mit willen aller unser eriben" (OÖ VI, 99), mit guetlichem willen der erben und rat der besten freunde (OÖ VI, 320, VII, 99, 221; FRA II, 6. 77), mit gutem willen der kinder und der freund rat (OÖ IV, 546), „mit meiner chind guntz und meiner pesten freund rat" (OÖ V, 399), „mit gutem willen der mutter und rat und gunst der brüder" (SP 241), conjunctim: „mit gutem willen unser erben und besten freund" (OÖ VII, 157), „mit guetem willen unser erben und unser vriunt" (OÖ V, 29).

Außer den Freunden finden wir auch andere Personen, deren Rat eingeholt wird, es sind gleichfalls Fernerstehende,

Digitized by Google

so werden erwähnt ehrbare Leute (SP 461) oder gute Leute (FRA II, 6. 103; 51. 267), auch den Burggrafen, Pfarrer (OÖ VII, 135) und den Beichtvater findet man erwähnt (FRA II, 51. 267; 6. 103), ein Bischof von Bamberg stiftet ein Seelgerät mit Rat und Gunst der Chorherrn und Dienstmannen (OÖ VI, 126).

Werden Personen genauer benannt, deren „guter Wille" vorhanden ist, so ist dies am häufigsten der Ehegatte, der Mann verfügt mit gutem Willen der Frau (SP 145, 229; FRA II, 6. 43, 68; OÖ VI 152, VII, 86), die Frau mit dem mit gutem Willen des Manns (OÖ V, Anhang 34; SP 640; FRA II, 16. 43); ebenso werden Söhne (OÖ VI, 127, 209; SP 169; FRA II, 6. 12, 63, s. Anhang III), Töchter (FRA II, 6. 69), Brüder (SP 241), Schwiegersohn (OÖ VII, 70), Vater (OÖ VII, 221) und Mutter (SP 241) angeführt. Bei Ehegatten wird der Wille des Zustimmenden mitunter dem des Verfügenden ganz gleichgestellt, so wenn jemand erklärt: „ich verfüge mit verdachtem mut meins selbes und der housfrowen" (FRA II, 6. 76) oder „mit guetlichem willen mein selbs und mein housvrown und mit aller meiner eriben willen" (FRA II, 6. 12, 68).

Diese verschiedenartige Gestalt der Zustimmungsformel legt den Schluß nahe, daß sie in den einzelnen Fällen verschiedenen Sinn habe. Die beinahe ständige Zusammenstellung von Erbe mit guter Wille und Freund mit Rat zeigt, daß vom Näherstehenden eine intensivere Willensbetätigung am Verfügungsakt als vom Fernerstehenden gefordert wurde.

Unter Erbe versteht die Urkundensprache den Nachkommen schlechtweg, nicht nur den, der seinen Vorfahren beerbt hat, sondern auch den präsumtiven Erben (Beseler, Erbverträge I, 15; Grimm, WB III, 712), vielleicht kann man prägnanter sagen, den, der sicher Erbe wird, weil er ein unentziehbares Erbrecht hat. Im Gegensatz dazu ist Freund der Verwandte schlechtweg (vgl. Grimm WB IV, 1, 162)

Digitized by Google

ohne Beziehung auf das Erbrecht[1]). Der gute Wille, der vom Erben verlangt wird, ist daher die Zustimmung des Wartberechtigten, während der Rat des Freundes die Bedeutung eines notwendigen Gültigkeitserfordernisses nicht besitzt. Rat bedeutet nach Grimm WB VIII 161 schon in alter Sprache einen bloßen Vorschlag, ebenso Graff 2, 462 und Dief. 144, die Rat mit consilium übersetzen. Freund als der weitere Begriff kann darum sehr wohl auch Wartberechtigte umfassen, deren guter Wille zur Verfügung nötig ist, dagegen kann der bloße Rat eines Erben nicht genügen. In der Tat finden wir niemals etwas mit „der Erben Rat" verfügt, dagegen öfters mit gutem willen und rat unserer besten freunde (OÖ VII, 149, 150, 296; SP 239). In der Gegenüberstellung von Erben und Freunden sind diese dagegen die entfernteren, nicht wartberechtigten Verwandten.

Die fast ausnahmslose Anführung der Zustimmung der Verwandten und die genaue Unterscheidung der Art ihrer Beteiligung zeigt uns, daß noch im 14. Jahrhundert von einer Zuwendungsfreiheit selbst für Zwecke des Seelenheils noch nicht gesprochen werden kann[2]), daß vielmehr die Zuziehung der Verwandten durchaus als etwas Gewöhnliches betrachtet werden muß. Daß hier nicht etwa gedankenlos wiederholte Formeln älterer Zeit ohne reale Grundlage vorliegen, ergibt sich daraus, daß der Vergabende in der Zustimmungsklausel sehr häufig statt der „Erben" im allgemeinen die im konkreten Falle Zustimmungsberechtigten mit Namen anführt, ein sicherer Beweis dafür, daß man sich im einzelnen Falle die Frage stellte, wer in der Urkunde als eine Person zu

[1]) Ein ähnlicher Sprachgebrauch ist in OÖ VI, 91 zu finden. Dort verfügen die Stifter „mit gemainem rat unser besten freund, die dez Guetz ze der zeit recht Erben gevesen seint". Hier ist unverkennbar Freund der weitere, Erbe der engere Begriff.

[2]) Charakteristisch dafür ist, daß in FRA II, 16. 26 der Stifter nicht nur das „Verhandnus" seiner Brüder und den guten Willen der Freunde, sondern auch den Umstand betont, daß er weder Weib noch Erben hat, und darum „iz ledichleich und vreileih wol getuen moht"

Digitized by Google

nennen sei, mit deren gutem Willen die Verfügung erfolgte. Während nun unter guter Wille (von der Bezeichnung Gunst[1]) läßt sich dies nicht so sicher behaupten [siehe SP 241 oben S. 18]) eine notwendige, daher rechtlich relevante Zustimmung zu verstehen ist, ist mit dem Rat nur eine durch die Sitte gebotene, rechtlich kaum belangreiche Formalität gemeint, daher finden wir so selten konkrete Personen genannt, deren Rat eingeholt wurde.

Noch intensiver als durch den „guten Willen" ist die Zustimmung der Wartberechtigten durch Ausdrücke gekennzeichnet, die auf eine aktive Teilnahme am Verfügungsgeschäft hindeuten. So findet sich vereinzelt die Wendung „mit guetl. willn und wort aller meiner erben" (OÖ VII, 36, ähnlich OÖ VI, 320, dort verbunden mit dem guten Rat der Freunde), häufiger eine Wendung mit Hand. Speziell die Urkunden von Sankt Bernhard enthalten solche Ausdrücke, was auf ein lokales Formular hindeutet; z. B. mit Hand der Erben (FRA II, 6. 12, 63, 64, 76), manu mea et filii (ebenda 119), mit Hand und gutem Willen der Erben (ebenda 91). Sonst findet man die Hand fast nur vom Grundherrn erwähnt, dessen Mitwirkung bei der Übertragung des Gutes nötig ist (mit des Bergmeisters Hand bei Weinbergen sehr häufig, z. B. FRA II, 16. 72, 74; 18. 234). Als ein ziemlich seltener Ausdruck für die Zustimmung wäre Verhängnis zu nennen. Er findet sich z. B. „mit guetlichem willen und verhanchnusse aller unser erben" (FRA II, 16. 21), oder „mit rat und mit verhanchnusse aller meiner vreunt" (ebenda 33), „mit williger verhanchnusse meiner hausfrauven J. und meines sunes J." (ebenda 68). Diese Bezeichnung scheint einem lokalen Formular von Heiligenkreuz anzugehören (siehe auch oben S. 20, Note 2). Über Verfügungen mit gesamter Hand siehe unten IV, S. 28.

Dieses Ergebnis bezüglich der ungeschwächten Existenz eines Erbenwartrechts stimmt mit dem überein, was

[1]) Gunst, Vergünstigung von gönnen.

Digitized by Google

wir aus den Rechtsquellen des 13. und 14. Jahrhunderts über Verfügungen auf den Todesfall wissen. Das österreichische Landrecht des 13. Jahrhunderts spricht nur von „Geschäft" zugunsten von Kindern oder in Ermanglung von Kindern (Art. 26)[1]. Die Stadtrechte von Enns (1212), Wien (1221, 1244), Hainburg (1244) kennen ein Testierrecht nur beim Mangel von Kindern. Dasselbe ist in dem vom Wiener abhängigen Brünner Stadtrechte der Fall[2], und ebenso kennt das Wiener Stadtrechtsbuch des 14. Jahrhunderts nur Geschäfte, wenn keine Erben vorhanden sind (Nr. 83—86)[3]. Das Wiener-Neustädter[4] Stadtrecht (Kap. 80) gestattet freie Verfügung über Fahrhabe auch beim Vorhandensein von Weib und Kind, dummodo a probis viris visus fuerit sanae mentis. Die rudolfinische Urkunde von 1277 hatte die Wartrechte noch vorbehalten jure tamen domini sui, uxoris, heredum et nostro in omnibus reservato[5]. Die neuere Redaktion scheint mit Raymund, dem Verfasser der Summa legum, in Zusammenhang zu stehen.

3. Während die unter 1. und 2. erwähnten Klauseln der Einleitung von Seelgerätsurkunden, wie gezeigt, in vielfachen Variationen vorkommen, mitunter, obgleich nicht oft, auch ganz fehlen, kehrt regelmäßig und beinahe immer in derselben Gestalt die Klausel wieder: zu der Zeit, do wir iz wol getuen mochten (z. B. OÖ IV, 434, V, 399, VI, 127, 209, 287, 329, 411, VII, 305, 369; SP 102, 262; FRA II, 6. 65, 72; 16. 21, 43; 18. 127, 137; 21. 166, 224; 33. 141, 221; 51. 267 [siehe auch Anhang III]), St. Pöltner Urkunden seit der Mitte des 14. Jahrhunderts fügen oft hinzu „mit recht" (SP 515, 653, 712, 846). In lateinischen Urkunden fehlt diese

[1]) Vgl. Hasenöhrl, Österr. Landrecht, S. 145.
[2]) Rößler, Deutsche Rechtsdenkmäler II, 353.
[3]) Schuster, Wiener Stadtrecht oder Weichbildbuch, S. 83 ff.
[4]) Archiv für Kunde österr. Geschichtsquellen X.
[5]) Winter, Urkundliche Beiträge zur Rechtsgeschichte ober- und niederösterr. Städte, S. 34.

Digitized by Google

Klausel meistens; im Göttweiher Formelbuch des Peter von Hall findet sich im Formular einer Seelgerätsurkunde (siehe Anhang II) die lateinische Übersetzung: tempore quo bene facere potuimus; in FRA II, 16. 66: tempore illo, quo libere facere potuimus nulloque contradicente.

Die Formel sagt, daß sich der Verfügende im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe; welcher Art aber diese Fähigkeit ist, ist aus den allerdings nicht häufigen Zusätzen zur Formel zu entnehmen.

a) Auffallend selten ist ein Zusatz, der die geistige Fähigkeit bezeichnet, während man ihn nach dem Baumgartenberger Formelbuch regelmäßig erwarten sollte. Z. B.: „und ich mich wol verweste und vermacht an rede, an sinnen und an wiezzen“ (OÖ V, 442), oder „und alle meine sinne wol pei mir macht gehaben“ (FRA II, 33. 187; OÖ VI, 209), oder OÖ V, 583: „gesund und witzig“. Ganz vereinzelt nur kommt eine Bezeichnung der geistigen Fähigkeit, abgelöst von der Klausel „zu der Zeit“ usw. vor, so FRA II, 18. 67: sani mente et corpore; ebenda 432: „mit rechter vernunft und verstenntikait, gesunts Leibs und gemütes.

b) Viel öfter kommen Zusätze zur Klausel vor, die die körperliche Gesundheit des Stifters feststellen, z. B.: „zu der zeit, da ich es wol getun mocht und gesunt gewesen pin“ (OÖ VII, 348), oder „pei mainen lebentigen tagen, gesunder, do ichs wol getuen mohte“ (FRA II, 33. 125); „czu der czeit da ich ez mit gesunten leib wol getun macht“ (FRA II, 33. 248) und noch kürzer: „zu der zeit, do ich gesunt gewesen pin“ (FRA II, 18. 397), ferner oben OÖ V, 583.

Auch abgetrennt von der „Zeit“klausel ist die Versicherung, der Verfügende sei gesund gewesen, öfters zu finden: in bona valetudine corporis mei (OÖ IV, 524), sanus adhuc et incolumis (ebenda 581), pei meim gesunt meins leibs (OÖ V, 50), ferner die oben (unter a) angeführte Stelle aus FRA II, 18. 432.

Wenn man diese verhältnismäßig nicht zu seltene Ver-

Digitized by Google

sicherung der körperlichen Gesundheit mit den ganz vereinzelten Angaben über eine Krankheit des Stifters vergleicht (debilis corpore OÖ VII, 610 s. auch FRA II, 21. 129), ist die Annahme wohl gerechtfertigt, daß unter der Zeit, in der der Stifter „es wohl tun mochte", die Zeit nicht nur geistigen, sondern auch körperlichen Wohlbefindens zu verstehen ist. Damit ist zunächst nur gesagt, daß Vergabungen faktisch regelmäßig bei körperlicher Gesundheit des Verfügenden erfolgen, die Quellen gestatten jedoch den weiteren Schluß, daß der „Zeit"-klausel eine rechtliche Bedeutung innewohnt, daß körperliche Gesundheit als Erfordernis der Rechtsbeständigkeit des Vergabungsaktes während des ganzen 14. Jahrhunderts aufgestellt wurde.

In einer Urkunde (OÖ V, 36) erklärt der Aussteller, er könne den dem Kloster zugedachten Weingarten nicht aufgeben „als gewondlich ist", weil ihn „siechtum irret", und er daher nicht „abkomme" könnte, darum bittet er seinen Herrn, den Weingarten dem Abt zu leihen. Daraus geht hervor: für die Vergabung ist die unter Lebenden übliche Sachübertragungsform nötig. Ist der Verfügende krank, so kann er sich dieser Form nicht bedienen. Die ganz außergewöhnliche Form der Vergabung im vorliegenden Falle zeigt, daß eine Vergabung auf dem Krankenbette als seltene Ausnahme gelten mußte.

Die körperliche Gesundheit ist aber auch notwendig zur Vermeidung von Einsprüchen der Anwärter; wer wartberechtigte Verwandte hat, kann nur gesunden Leibes verfügen, die Zeitklausel bekommt daher auch den Sinn: zur Zeit, da niemand widerspruchsberechtigt war. Auch das zeigen uns Zusätze zur Zeitklausel. So FRA II, 16. 174: „zu der zeit, do ich ez an alle irrunge wol getun mocht"; ebenda 81: „ze den ziten, do wir ez wol getun mochten, daz uns nieman dar an geirren mochte". Noch klarer sprechen zwei andere Urkunden, so wenn es FRA II, 16. 26 heißt: „ze den zeiten, du ich niht housvrowen noh dehainen erben het und iz

Digitized by Google

ledichleich und vreileih wol getuen moht". Hier ist es der Mangel der Anwartschaftsberechtigten, der die Verfügung zu einer vollkräftigen macht, dagegen ist es (ebenda Nr. 25) ein Vergleich mit ihnen: „du ich iz wol getuen moht an alle widerred aller laeut, . . . nah der ebenung di ich mit meinen chinden getan han".

Man kann somit sagen, wer krank ist, bedarf sowohl zur Vollziehung des Rechtsaktes der Vergabung, wie zur Ausschließung jedes Widerspruchsrechts des guten Willens eines anderen.

Diese konservative Praxis ist um so auffälliger, als die damals bereits verbreiteten Formelbücher fremden Rechtes und die populäre Juristenliteratur sich von vornherein entschieden auf den Standpunkt stellten, körperliche Krankheit sei kein Hindernis der Testierfähigkeit. Sämtliche Formularien bei Durantis und Rolandinus variieren im Eingange der Testamente den Gedanken: am Körper zwar krank, aber gesund am Geiste. Die fünf Testamente des Baumgartenberger Formelbuches (FRA II, 25) enthalten, wie oben gezeigt (S. 10), durchaus Formeln, wonach der Verfügende körperlich krank ist.

Im Göttweiher Formelbuch des Peter v. Hall finden sich zwar Formeln, die die Gesundheit des Verfügenden bezeugen wie: adhuc in bona mentis et corporis nostri valetudine constituti oder cum bona mentis et corporis sui valetudine, aber andere Formeln erwähnen ebenso die Krankheit, z. B. expectantes extremum tempus vite nostre quod in brevi credimus venturum, nam mole tam gravis infirmitatis sumus gravati, quod nulla est nobis spes vivendi et iam fere corpus nostrum et anima discrimina seu separationem patiuntur.

So ergibt sich als Resultat, daß die Rechtstheorie der gelehrten Juristen von der Praxis im Punkte der Gesundheit weit abwich. Während die Theoretiker sich mit Vorliebe als Testator einen Kranken vorstellen, kennt die Praxis fast ausnahmslos Seelgerätsverfügungen von Gesunden.

Digitized by Google

4. Die letzte der im Eingang der Urkunde üblichen Klauseln betrifft das Motiv des Geschäftes. Sie ist ein charakteristisches Kennzeichen der Seelgerätsurkunde, da sie in Kauf-, Tausch-, Pfandverträgen, Vergleichen, Belehnungen regelmäßig fehlt. Der Kreis der Motive ist ein sehr kleiner, das Seelenheil des Stifters und seiner Verwandten, Lob Gottes und der Heiligen, Liebe zur Kirche. Verhältnismäßig selten denkt der Verfügende nur an sein eigenes Seelenheil; so (FRA II, 16. 109) „durch meiner sel willen" oder „durch unser seel willen" (OÖ VII, 149, 150; FRA II, 6. 44; SP 220), regelmäßig gedenkt er wenigstens im allgemeinen auch seiner Vorfahren (OÖ VII, 17, 151; SP 364; FRA II, 16. 72, 139, 156, 307) oder seines Geschlechtes, seiner Nachkommen (OÖ VII, 157; FRA II, 6. 12; 33. 188, 296), des Herrn (FRA II, 16. 110), des Gatten (des Wirtes oder der Hausfrau [ÖO VI, 329, VII, 1, 141; FRA II, 33. 127, 248]), oder er umfaßt gar alle gläubigen Seelen in seine Intention ein („meiner sel und allen meinen vodern und nachkomen und allen gelaubigen sellen zu hilf und zu trost" [SP 846]).

Mitunter wird speziell der Sünden gedacht, die zu tilgen sind, in remissionem nostrorum nostrorumque progenitorum et successorum peccaminum (FRA II, 6. 100), pro peccatorum meorum remedio (FRA II, 33. 128), oder der „Vordern die oft daz selbe goteshaus gelaidigt habent" (FRA II, 33. 127).

Besondere Liebe, Andacht, Gnade zur Kirche oder dem Kloster (SP 175, 767; FRA 16. 67, 68), aus Treue und besonderer Freundschaft (FRA II, 16. 81), Gott und einzelnen Heiligen zum Lobe, besonders „unserer Frauen"[1]) kommen, wenn auch nicht so regelmäßig, als Motive des Geschäfts vor. Auch der Wunsch, den Dienst Gottes festlicher zu gestalten, tritt manchmal hervor, „von merung wegn

[1]) Z. B. durch Gott und in sand Thomas eren (OÖ VII, 20), got zu lob und zu dinst unser frawn und allen heiligen etc. (SP 846), durch got und unser vrown willen (FRA II, 6. 51, 72), gott ze lobe und ze eren, in eren des guten sant Michels (FRA II, 33. 125).

Digitized by Google

loblichs goczdinsts (SP 777), pro divini cultus ampliatione (FRA II, 33. 128). Auch die seltenen Arengen wären hierher zu zählen, die fast immer die Notwendigkeit, für das Seelenheil zu sorgen, ausdrücken (z. B. OÖ IV, 401, 524).

IV.

Gemeinschaftliche Vergabungen sind sehr häufig. Den Übergang von der Einzelausstellung zur Kollektivausstellung bildet es, wenn zwar nur eine Person die Urkunde ausstellt, darin aber für sich und ihre Erben schlechtweg verfügt. Die Erben werden hier gar nicht als Aussteller genannt, sondern als Personen, für die die Verfügung Wirksamkeit haben soll, in deren Namen der Aussteller handelt: „Ich . . . vergich für mich und für all mein erben“ (SP 789), „Wir . . . bekennen und tün künt für uns und unser eriben“ (SP 796); auch Geistliche tun dies (FRA II, 18. 454), anderwärts sind die Erben direkt als Mitaussteller genannt: „Ich Alhaid Fridreichs hausfraw von Wisen und all mein erben“ (SP 490). Doch sind diese Formeln nicht allzu häufig, viel häufiger ist, daß mehrere namentlich genannte Personen als Aussteller fungieren, denen dann allerdings regelmäßig der Zusatz „und all unser erben“ hinzugefügt wird.

Am häufigsten sind es natürlich Ehegatten, die gemeinschaftlich Seelgerätsbriefe ausstellen: „Ich Albrecht . . . und min hosvrowe Margret“ (FRA II, 16. 21); „Ego Ditricus dictus Huetstoch et ego Gertrudis uxor ejusdem“ (FRA II, 16. 66, ebenso FRA II, 18. 369, 390; SP 342, 348, 822); „Nos Jakobus . . . una cum uxor nostra Gertrude“ (FRA II, 18. 67). Auch, daß Ehegatten samt ihren Erben verfügen, kommt, wenn auch nicht gerade häufig vor so: „Ich Ulreich von puhel und ich vrouw Wendel sein housfrow und unser paider erben“ (FRA II, 33. 178, ebenso daselbst 188).

Gemeinschaftlich verfügen ferner häufig Eltern mit Kindern: so Mann, Frau und Söhne „und alle ihre Erben“ (FRA

Digitized by Google

II, 16. 258; 18. 384), Mutter und Söhne (OÖ VII, 190; FRA II, 21. 226), Vater und Sohn (OÖ VII, 157). Auch Schwiegersöhne mit ihren Schwiegereltern finden wir vereint, es verfügt der Schwiegervater mit dem Schwiegersohn (OÖ V, 296). Witwen mit ihren Kindern und Schwiegersöhnen (FRA II, 18. 163, 164; SP 467, 468, 469).

Sehr häufig verfügen Brüder gemeinschaftlich (FRA II, 6. 43, 51; 18. 137; 21. 176; OÖ VII, 177, 219; SP 175, 220, 644), auch Brüder mit ihren Erben (SP 711, 777), sporadisch finden sich Vettern (FRA II, 16. 239), Eheleute mit dem Bruder des Mannes (SP 304), oder Leute, ohne daß deren Beziehung ersichtlich wäre (SP 396).

Gemeinschaftliche Verfügungen sind sehr oft mit gesamter Hand getroffen, das gilt besonders von Ehegatten. Die Anwendung der Formel „mit gesamter Hand" scheint allerdings mehr Sache des lokalen Formulars gewesen zu sein, sie findet sich regelmäßig in den Heiligenkreuzer Urkunden (FRA II, 16. 21, 23, 36, 81, 136, 139, 159, 170), seltener anderwärts (FRA II, 18. 148, 369; SP 348, 822). Mit gesamter Hand verfügen auch Brüder (FRA II, 18. 137), ein Mann mit seinen Erben (SP 711), Eheleute mit ihrem Sohn (FRA II, 16. 258), eine Frau mit ihren Kindern und dem Schwiegersohn (FRA II, 18. 164), es kommt auch vor, daß der Verfügende mit der zustimmenden Erben Hand handelt (FRA II, 6. 12, 76), ja es finden sich auch Urkunden, in denen ein einziger Aussteller mit gesamter Hand handelt. So heißt es in einer Heiligenkreuzer Urkunde (FRA II, 16. 86): „Ich Chunrat von Arenstein vergich . . . daz ich mit wol bedachtem muet mit gesamter hant und nach rat meiner vreunde ze der zeit do ich iz wol getuen mocht und mit meiner Hausvrowen vron Ofmein und mit unserr erben guetleichem willen etc." Hier ist die Übertragung zweifellos zu gesamter Hand mit der als zustimmend namentlich angeführten Gattin geschehen. Ähnlich SP 376, worin eine Frau „mit aller meiner erben willen und gunst und mit gesampter hant" verfügt.

Digitized by Google

Anders ist es in der Urkunde SP 265: „Ich Geisel her Hainreichs wittib des Piber von Wald, dem got genad, vergich . . . daz ich mit gesamter hant und mit verdachtem muet und mit guetem willen zu den zeiten do ich iz wohl getün mocht, han geben . . . mit des Sliten hant der zu denselben zeiten rechter perkchmaister ist gebesen." Hier bezieht sich die Gesamthand auf die Mittätigkeit des Bergmeisters beim Übertragungsakt.

In allen Fällen können wir schließen, daß Vergabungen dann gemeinschaftlich erfolgen, wenn an dem zu vergabenden Gute ein Gemeinschaftsverhältnis besteht; eine solche Gemeinschaft besteht zwischen Eheleuten, Eltern und Kindern; Schwiegersöhne treten in solche Gemeinschaften ein; ferner bestehen Gemeinschaftsverhältnisse zwischen Brüdern. Ob die Teilnehmer an einer Gemeinschaft die Urkunde mit ausstellen oder in ihr bloß als Zustimmende erwähnt werden, dürfte davon abhängen, ob sie bereits als gegenwärtige Teilhaber am Recht aufzufassen sind, oder ob sie bloße Anwartschaftsrechte haben.

V.

Die einleitenden Formularbestandteile enthalten, abgesehen vom Motiv, nichts, was der Seelgerätsurkunde besonders eigentümlich wäre, sie kommen meist in ganz gleichen Ausdrücken auch in Urkunden über Käufe, Verpfändungen und andere Geschäfte vor. Das was die Seelgerätsurkunde jedoch deutlich von anderen Veräußerungen unterscheidet, ist die technische Bezeichnung die dem Geschäft in der Urkunde beigelegt werden. Wieder sind es drei Bezeichnungen, die mehr oder weniger synonym gebraucht werden; es sind die Ausdrücke: geben, schaffen und machen, die einzeln oder vereint angewendet werden. Am häufigsten findet sich geben allein verwendet. Es hat nicht die heutige farblose Bedeutung des Wortes, sondern bedeutet im engeren Sinne: freigebig geben.

Digitized by Google

schenken (Grimm WB IV, 1, 1, 1673 ff., „Geben" II, 4). Es hat somit die gleiche Bedeutung wie altschwedisch giva und altnorwegisch gefa (Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I, 504 ff., II, 609 ff.). Deutlich ist dies aus den Stellen zu entnehmen, in denen bei einer Übertragung von liegendem Gute die Verfügungsarten aufgezählt werden, die dem Erwerber freistehen sollen. Der Erwerber und seine Erben, heißt es nämlich in einer in Kauf- und Tauschurkunden, weniger häufig in Seelgerätsurkunden vorkommenden Klausel „süllen fürbas allen iren frumen schaffen, verchaufen, verseczen und geben swem si wellen" (SP 446 und häufig).

Geben gilt somit als eine vom Kaufen und Verpfänden verschiedene Übertragungsart. Beispiele der Verwendung von Geben in Seelgerätsurkunden (daz ich geben hab): OÖ VI, 152, 287, 551, VII, 7, 13, 17, 99, 104, 157; SP 151, 175, 178, 198, 644, 777, 796; FRA II, 6. 12, 25, 51, 60; 18. 111, 137, 169; 33. 127. Neben dem einfachen Geben findet sich „gib und gegeben hab" (FRA II, 6. 41) oder „gegeben hab und gib mit dem brief" auch einfach „gegeben hab mit dem brief" (SP 640, 759, 807, 822). Daneben auch nicht selten „geben zu selgerät" (SP 230, 241; OÖ V, 29, VI, 371, VII, 36, 70, 153). Auch findet sich mitunter die Bezeichnung „aufgeben" = auflassen (SP 789). Sie kommt in den Urkunden des Klosters St. Bernhard verhältnismäßig oft vor (FRA II, 6. 12, 27, 43, 65, 77), auch in der Kombination „gib und han aufgeben" (ebenda 64, 76), findet sich aber gleich dem farblosen tradidimus (ebenda 40, 69, 100) auch in Verkaufsurkunden (ebenda 31).

Nächst Geben ist Schaffen der häufigste Ausdruck zur Bezeichnung des Geschäftes. Während Geben mehr die Freigebigkeit des Aktes betont, wird mit Schaffen mehr der Hinweis auf den Charakter eines Geschäftes auf den Todesfall betont[1]). Die Urkunden, in denen „geschafft" allein ver-

[1]) Grimm WB VIII, 2032 erläutert Schaffen IIc, 2 mit testamentarisch verfügen, vermachen, legare, disponere per testamentum.

Digitized by Google

wendet wird, sind an Zahl ungefähr der dritte Teil derer, in denen sich „geben" allein findet (Beispiele OÖ VI, 209, 329, 429, VII, 86, 149, 150, 164; SP 202, 239, 490; FRA II, 6. 44; 16. 43, 109, 174, 213, Anhang 8, siehe auch Anhang III). Die Bezeichnung „Geschäft" für Seelgerätsurkunden ist nicht selten (OÖ VI, 128, 209, VII, 86, 141, 145, 161: SP 469, 519, 673; FRA II, 6. 68); daneben gescheftbrief (SP 519) und seelgescheft (FRA II, 18. 112). Auch der Ausdruck „sein Geschäft schaffen," der in eigentlichen Verfügungen auf den Todesfall (Vermächtnisbriefen, Testamenten u. ä.) regelmäßig vorkommt, ist in Seelgerätsurkunden zu treffen (FRA II, 16. 78; Anhang 8; OÖ VII, 164). Am seltensten findet sich „machen" im Sinne des heutigen „vermachen" allein verwendet (OÖ VII, 144; SP 519).

Die genannten drei Ausdrücke finden sich nicht nur allein, sondern bei der Vorliebe der Urkundensprache für tautologische Verbindungen (vgl. Grimm RA I, 19 ff.) häufig zu zweien, seltener zu dreien vereinigt. Die Häufigkeit der einzelnen Kombinationen steht in genauem Verhältnis zur Häufigkeit des Einzelvorkommens ihrer Bestandteile; Schaffen und Geben ist daher am verbreitetsten (OÖ VII, 1, 145, 153; SP 349, 364, 653, 712; FRA II, 6. 103; 16. 67, 68, 81, 110, 135, 146; 18. 232; 21. 127). Auch Schaffen und Aufgeben findet sich (FRA II, 18. 397; 33. 289), seltener ist die Zusammenstellung von Geben und Machen (OÖ VI, 129, SP 693; FRA II, 6. 46; 18. 234, 369). Dazu aufgeben und richtig gemacht (OÖ VII, 86), am seltensten die von Schaffen und Machen (FRA II, 16. 179; 33. 248). Vereinzelt kommen alle drei Ausdrücke zusammen vor (FRA II, 33. 248) „hab gemacht und geschafft und gebn ledigleich nach meynem tod".

Neben diesen drei Ausdrücken kommt auch die Bezeichnung „stiften" (FRA II, 6. 27; OÖ VII, 20) vor, deren Objekt aber nicht das Gut, sondern die bezweckte Einrichtung ist (eine Messe, einen Altar, ein ewiges Licht stiften); ferner

Digitized by Google

widmen. Widmen allein vermag ich nicht nachzuweisen, wohl aber in den Verbindungen widmen und geben (SP 669; FRA II, 16. 305; 18. 163), schaffen und widmen (OÖ VII, 38), auch schaffen, widmen und geben (SP 846). Vereinzelt kommen auch widmen und stiften (FRA II, 18. 304), legen, stiften und machen (FRA II, 18. 384), aufgeben und einantworten in Nutz und Gewer (FRA II, 33. 297) vor. Auch „gegeben und geselt" (SP 169) oder „geben und bestät" (SP 368), „geschafft und bestetigt" (OÖ VI, 128), „geben und geeignet" (OÖ VI, 126) finden sich für einen Stiftungsakt.

Für das Geschäft selbst haben wir außer der Bezeichnung „Gescheft" am häufigsten die Bezeichnung „Seelgerät" auch „Seelrat" (OÖ VII, 16, 99, 147, 177; SP 169, 198, 271; FRA II, 6. 27; 18. 152, 390; 21. 223, 226; 33. 176; siehe auch Anhang III), auch letzzs geschäfft (OÖ VII, 369).

In der Korroborationsklausel am Schlusse der Urkunde werden oft farblose allgemeine Ausdrücke gebraucht: Ding (OÖ VI, 209; FRA II, 6. 65, 76, 91) taiding (SP 368), Sache (FRA II, 6. 51), Sach und Wandelung (OÖ VI, 287) und ähnliches.

In lateinischen Urkunden werden zur Bezeichnung des Widmungsaktes verwendet dare (dedi, dedimus SP 62; FR AII, 6. 28), tradere (FRA II, 6. 40, 69, 100, 119), donare (SP 145; FRA II, 6. 35, 100; OÖ VI, Anhang 60), conferre (FRA II, 6. 7, 8, 119; 18. 233), seltener delegare (FRA II, 6. 29), ordinare (SP 145), relaxare (ebenda). Von Verbindungen sei nur erwähnt: donavi, tradidi, et nomine testamentario legavi (SP 251). Auch als testamentum wird die Seelgerätsurkunde bezeichnet (FRA II, 18. 67; OÖ V, 55).

Ein Unterschied in der Bedeutung der verwendeten Ausdrücke ist nicht festzustellen. Zwar scheint man unter Geben mehr die Schenkung unter Lebenden, unter Schaffen und Machen mehr das Geschäft auf den Todesfall verstanden zu haben[1]). Eine fixe Terminologie ist aber nicht zu finden.

[1]) Man beachte die Terminologie in einer Verkaufsurkunde von 1314

Digitized by Google

Nicht nur, daß die Ausdrücke in allen Kombinationen vorkommen, wird häufig in Urkunden, die zweifellos auf den Todesfall verstanden sind, „Geben" verwendet, dafür aber auch dort, wo ein Übergang unter Lebenden stattfindet, Schaffen, Machen, Geschäft.

VI.

Schon die Wahl der Ausdrücke für den Vergabungsakt zeigt, daß dieser in erster Linie als sachenrechtliches, weniger als erbrechtliches Geschäft aufgefaßt wurde. Beachtet man nun die Ausdrücke, die sich auf den Zeitpunkt des Überganges des Rechtes und der Nutzung beziehen, so zeigt sich deutlich, daß als Regelfall der sofortige Übergang an den Bedachten angesehen wurde. Jede Abweichung, mag sie auch nicht selten sein, ist Ausnahme und bedarf einer besonderen Abmachung. Solche besondere Abmachungen finden sich nun in zweifacher Form als Vorbehalte einzelner beschränkter Berechtigungen, z. B. der Nutzung für den Vergabenden bei gleichzeitigem Bestande eines Rechtes des Bedachten oder als Vorbehalt des Rechtes für den Geber, so daß erst mit seinem Tod das Recht für den Bedachten entsteht. Es sind somit dieselben Formen, die Hübner für die fränkische Zeit als Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauches und als donationes post obitum bezeichnet[1]).

Am deutlichsten zeigt sich, daß Recht und Nutzung schon bei Lebzeiten des Verfügenden an den Bedachten übergehen in den Fällen, in denen die Verpflichtung zur Abhaltung des

(FRA II, 6. 66); die Käuferin erhält ein Gut zur freien Verfügung, „si und swem si iz geben will pei irem lewen oder nach ir tod, ainen chloster oder swem si iz schaffen welle oder geben pei lebentigem leib". Danach heißt die Zuwendung das eine Mal Geben unter Lebenden oder von Todeswegen, das andere Mal Schaffen oder Geben.

[1]) Hübner, Die Donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauches.

Digitized by Google

Jahrestages schon vor dem Tode des Vergabenden eintritt. So wird in SP 198 dem Kloster eine Gülte zu „einem ewigen selgeret“ gegeben, „also beschaidenlich, das die herren desselben gotshaus sullen meinen jartag jerlich begen bei mir lebentig mit allem recht das darzu gehort, al sam ich tod wär und nach meinem tod sullen si in ewigkligch begen“. In OÖ IV, 581 wird ein Gut gestiftet zum anniversarium meum tam in vita quam in morte. In vita soll es in festo Kalixti pape, in morte vero mea am Todestag des Stifters abgehalten werdnn. Andere Jahrestagsstiftungen bei Lebzeiten in FRA II, 6. 41, 103; 33. 189; 51. 398. Eine Zuwendung bei Lebzeiten ist ausdrücklich bezeugt in der Jahrtagsstiftung des Heinrich Pledl zu Bruck a. d. Leitha. Er legt eine Gülte auf einen Hof so „das wier oder wer den vergangen hof nach uns inne hat oder besiczet,“ den Zins dienen soll. „Wär aber das ich . . . oder mein erben, oder wer den hof inne hat“ den Zins nicht diente, dann treten gewisse Folgen ein (SP 712). Es wird also eine Reallast mit Wirkungsbeginn bei Lebzeiten des Stifters eingeräumt.

Ein Rechtsübergang an den Bedachten ist auch überall dort vorausgesetzt, wo der Verfügende sich selbst das Recht der Einlösung, das Recht der Unterwindung oder die Vogtei vorbehält. So heißt es in einer Urkunde: „Wir haben auch vollen gewalt (die vermachten Gülten) ab ze losen und ze kaufen von dem spitalmeister.“ Der Spitalmeister hat in diesem Falle die Einlösungssumme für die Siechen anzulegen (SP 368; siehe ferner OÖ VII, 47, 135, 157; FRA II, 6. 68). Meister Albrecht, Pfarrer zu Gars, trifft in einer Stiftung für die Universität Wien die Verfügung für den Fall des Verzugs in der Entrichtung der Stiftung, „so schol und mag ich der egenant maister Albrecht di weil ich leb oder nach meinem tode . . . (verschiedene andere Personen) die sechs phunt nemen etc.“ (SP 648). Zwei Brüder verfügen, falls der Jahrtag nicht geleistet wird, „so sullen wir und all unser erben vollen gewalt haben uns ze under-

Digitized by Google

winden der egenanten gült und innhaben" (SP 644; ebenso 759, 822). Für den gleichen Fall wird anderwärts bestimmt, „so mug wir oder unser Anwalt oder unser nachkomen, oder wem wir das enphelchen das vorgenant gut alles anvallen und underziechen und innhaben alslang etc." (FRA II, 18. 390); eine verliehene Lehensherrlichkeit soll „her wider gevaln an uns oder an unser erben" (FRA II, 33. 193); „so sold ich mih zu der gult ziehen oder mein nesten erben, ob ih niht enwer" (FRA II, 16. 82; ähnlich daselbst 136; SP 759). Daß man bei der Formel „wir und unsere Erben" an die Zeit vor und nach dem Ableben des Stifters denkt, sieht man aus dem nicht seltenen Beisatze „wenn wir nicht mehr sind," wenn dagegen in zahlreichen Fällen die Unterwindung ausschließlich den Rechtsnachfolgern vorbehalten wird, so den „Erben" in FRA II, 16. 21, 26, 33, oder den „nägsten freunden" (FRA II, 16. 78; 18. 127), oder auch beiden (FRA II, 18. 166; OÖ VII, 7; SP 640), so beweist dies, daß eben in diesen Fällen, umgekehrt wie in den früher besprochenen, der Rechtsübergang und damit die Entstehung des Unterwindungsrechtes erst beim Tode des Stifters eintritt. Hierher gehört es auch, wenn der Verfügende sich selbst die Vogtei oder das Patronat vorbehält, was nur möglich ist, wenn schon bei seinen Lebzeiten die Gewere am Gut auf den Bedachten übergegangen ist. Ein solcher Vorbehalt der Vogtei soll erlöschen bei Gewalt und unrechter Forderung (OÖ VII, 70, 99). Die Vogtei geht meist auf die Erben über (OÖ VII, 70; SP 339, 349, 668), sie ist jedoch auch mitunter auf einzelne namentlich genannte Personen beschränkt „und nach unserm tod so sullen unser erben dhain recht an derselben vogtei haben noch gewinnen vil noch wenikch" (SP 640). Deutlich ausgesprochen sind die Rechte des Vergabenden an der Gabe als einem fremden Gut in SP 668: „Ich sol . . . mein lebtêg rechter erbvogt sein und nach meinem tode schûllen mein nachst erben . . . recht erbvôgt sein"; für den Fall eines vertragswidrigen Benehmens des

Digitized by Google

bedachten Stifters ist in derselben Urkunde bestimmt „daz ich mich danne mein lebtêg der (der Güter) underziehen sol oder mein erben nach meinem tod."

Ein Zeichen dafür, daß das Recht sofort auf den Bedachten übergeht, sind die zahlreichen Fälle, in denen der Vergabende sich für Eviktionsschaden[1]) persönlich haftbar macht. Z. B. „wär aber das, das den vorgenanten herren chrieg auf erstund an dem vorgeschriben gut, das sol ich in ausrichten an alle ire mûe, das sullen si haben auf meinem trewn und auf allem dem und ich han in dem lande ze Osterrich" (SP 230).

Unter Lebenden geht das Gut auch dann auf den Bedachten über, wenn sich der Stifter oft auch für mehrere Leiber die Nutzung vorbehält. Die Nutzung kann durch ein besonderes mit der Übergabe des Gutes gleichzeitig erfolgendes Rechtsgeschäft begründet werden. In einem Falle (FRA II, 16. 43) hat die Stifterin dem Kloster einen Weingarten aufgelassen „vor der Rechten perch herren nach aigens gewere und nach periges reht und habent mir di vorgenanten herren (das Kloster) den vorgenanten Weingarten verliechen ze meinen Lebtagen und zue mein aines leipgedinge von ierr hant . . ." In einem anderen Falle (FRA II, 18. 111) wird dem Kloster eine Gülte gegeben, so daß der Abt sie „innemen sol und uns sei her wider dienn, di weil wir leben", oder es haben die Stifter einen Weingarten dem Kloster „geschafft und geben", das Kloster aber hat ihn mit des Bergmeisters Hand den Stiftern „her wider lazzen zu aynem rechten Leypgedinge untz an unser paider tot" (FRA II, 16. 72). Ähnlich in FRA II, 6. 65, wo ein gestiftetes Gut dem Stifter zu Burgrecht zurückgegeben wird. Ein solcher Fall ist auch im Göttweiher Formelbuch enthalten: Volumus tamen (sc. die vergabenden Eheleute) ut quamdiu nos ambo vivimus, quod dominus abbas et conventus eiusdem Monasterii predictum

[1]) Siehe darüber auch unten unter VIII, S. 42 ff.

Digitized by Google

censum (der eben den Gegenstand der Vergabung bildet) nobis annis singulis integraliter persolvere debeant et servire (siehe Anhang II).

Auch der Vorbehalt eines Zinses für den Stifter bei sofortigem Übergang des Gutes an den Bedachten kommt vor. Bei der Übergabe eines Weinberges soll das Kloster der Stifterin jährlich, so lange sie lebt, einen Dreiling Wein geben (SP 265), oder die Mönche sollen der Stifterin „nach iren trewen" eine Pfründe auf Lebzeiten geben (SP 807). Meist ist der Nutzungsvorbehalt als Auflage oder Minderung der Widmung hinzugefügt, man gibt „mit der Bescheidenheit", daß man selbst das Gut nutzen und nießen will (z. B. FRA II, 16. 170; 33. 289; SP 515)[1]). Auch Beschränkung der Nutzung auf einen Teil findet man, wenn auch nicht gerade häufig. Alle Nutzungen, verfügt ein Stifter, soll der Spitalsanwalt teilen „und halben tail dem spital fassen und ich halben tail", während nach seinem Tode alles dem Spital zufallen soll (OÖ VII, 36). Auch bloßer Vorbehalt des Wohnungsrechtes kommt vor, sei es für den Stifter (FRA II, 6. 12), sei es für einen dritten (FRA II, 16. 78).

In scharfem Gegensatz zu den bisher besprochenen Fällen, in denen ein, wenn auch beschränktes, dingliches Recht, mit sofortiger Wirksamkeit für den Bedachten eintritt, sind jene, in denen der Bedachte durch die Vergabung ein erst in Zukunft ins Leben tretendes Recht erhält. Das ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft überhaupt erst nach dem Tode des Stifters seine Wirkung äußern soll „nach meinem tod, da ich nicht enpin", bei mehreren Stiftern „nach unser aller tod" sind die häufigsten Wendungen (OÖ VII, 47, 177; SP 202, 262; FRA II, 16. 67, 185, 139, 179; 33. 248, 296), post mortem nostram possidendam (FRA II, 6. 29), post curricula vite nostre (FRA II, 18. 67), z. B. daß sie das Haus nach meinem Tode haben sollen (FRA II, 16. 174),

[1]) Siehe darüber auch unten unter IX, S. 44 ff.

Digitized by Google

daß wir die Mühle haben sollen bis an unseren Tod, aber nach unserem Tode sollen sie die Mühle haben (ebenda 170). „Zu meinen letzten Zeiten" deutet auch auf eine Verfügung von Todes wegen (FRA II, 16. 49; SP 271). Damit in Zusammenhang sind Bestimmungen, nach denen der Bedachte sich nach dem Tode des Stifters des Gutes unterwinden soll (SP 846), oder wenn dieser von einer Reise nicht mehr zurückkehrt (OÖ V, 176), oder die Bestimmung eines Zinses an das Kloster (OÖ VII, 99, 177), während die Nutzung und Gewere des Gutes dem Stifter bleiben soll. Auch wenn sich der Stifter bona et perceptionem fructuum eorundem pro tempore vite reserviert (FRA II, 6. 35) liegt wohl ein Vorbehalt des Rechtes und nicht bloß der Nutzung vor.

Auch die Begründung einer Rechtsgemeinschaft zwischen Stifter und Bedachtem findet sich. So bestimmt ein Stifter, daß die auf dem geschenkten Grund sitzenden Holden an das Kloster einen bestimmten Dienst leisten sollen „darumb das bey mir lebentigen . . . (das Kloster) mit sambt mir an der Gwer sey" (OÖ V, 83). Anderwärts widmet eine Frau einen Weingarten „mit der bescheidenheit", daß sie ihn bis an ihren Tod behalten und nutzen soll, doch wird sie einen Dienst entrichten, damit das Kloster „bey meinen lebentigen tagen mitsambt mir an der Gwer sein" soll (OÖ VI, 129, VII, 99). Auch in dem Falle liegt eine Gemeinschaft vor, wenn von dem vermachten Rechte ein Teil „ze stunden" in des Bedachten „nucz und gewer" übergehen soll, während ein Teil in Nutz und Gewer des Stifters bleibt und nur in Ermangelung von Leibeserben an den Bedachten übergeht (OÖ VII, 13).

Es sind somit drei Arten der Wirkung einer Seelgerätsstiftung vorhanden: Begründung eines gegenwärtigen dinglichen Rechtes, wenn auch mit zeitlichem, beschränkendem Vorbehalte (Rechtsübergang unter Lebenden), Begründung eines Anwartschaftsrechtes (Verfügung auf den Todesfall mit dinglicher Wirkung), endlich Begründung einer Rechtsgemein-

Digitized by Google

schaft regelmäßig mit Konsolidation für den Bedachten beim Tode des Stifters. In allen Fällen erwirbt der Bedachte sofort ein unentziehbares Recht.

VII.

Ausdrückliche Erklärung der Unwiderruflichkeit ist selten, sie gilt als selbstverständlich, namentlich dann, wenn der Bedachte sich zu einer Gegenleistung verpflichtet hat, wenn er „gelobt, sich verbunden hat" einen Jahrtag zu halten und dergl.[1]); auch die Korroborationsklausel, daß das „stät, unzerbrochen, unverkehrt" bleibe, ist wohl ein Beleg für die Unwiderruflichkeit, denn die Urkunde wird zu diesem Zwecke dem Bedachten sofort übergeben. Charakteristisch hierfür ist die Seelgerätsstiftung des Jakob von Hoya in Wien, die noch dem 13. Jahrhundert angehört (1289; FRA II, 18. 67): Der Stifter vermacht gewisse Gülten „post curricula vite . . . reddentes eis (dem Kloster) ex nunc privilegium super hoc confectum . . . petentes ut idem instrumentum una cum presenti . . . inviolatum et incorruptibile conservetur". Der Stifter übergibt also, wiewohl der Rechtsübergang sich erst bei seinem Tode vollziehen soll, sofort dem Bedachten nebst der Seelgerätsurkunde auch den in seiner Verwahrung befindlichen Besitztitel.

So wie aber Vorbehalte in bezug auf den Beginn des Rechtes, in bezug auf die Nutzung u. ä. vorkommen, so finden sich, wenngleich viel seltener, Vorbehalte anderweitiger Verfügung. So wenn einer erklärt: „Ist — dass ich — indert verchumbern wil, da schol mich niempt an irren — aber schol furbaz anderswo nindert mit chainem gemecht vermacht werden" (OÖ VII, 13); deutlich tritt die prinzipielle Unwiderruflichkeit zutage, wenn sich der Erblasser zwar Verfügungen vorbehält, aber nur unter der Voraussetzung, daß er den Bedachten durch anderweitige Zuwendungen entschädigt. So

[1]) Siehe darüber unten unter IX, S. 45.

Digitized by Google

wenn er ihm Gülten auf seinen Weinbergen einräumt, so lange, als er ihm nicht anderswo eine Gülte in gleichem Maße kauft. „Wir sullen auch dieselben weingerten nindert verchaufen noch versetzen an derselben herren willen, es sei dann das wir sew der funf phund gelts haben genzlich anderswo verrichtet“ (SP 241). Ähnliche Ablösungsvorbehalte für Erblasser und Erben in FRA II, 16. 213 und 307. Noch eingeschränkter ist der Vorbehalt anderweitiger Verfügung bloß für den Fall ehafter Not; nach dem Tode „ob wir si vor ehafter not mugen versporn“ sollen sie die Gülte haben (FRA II, 16. 170; mit denselben Worten ebenda 174).

Ausdrückliche Erklärungen der Unwiderruflichkeit sind, wie gesagt, selten. Wo sie sich finden, sind sie offenbar von Urkundenschreibern angewendet, denen die Widerruflichkeit des Testamentes nach römischem Recht bekannt ist, die es darum für nötig halten, der Intention der Stifter entsprechend, auf den Widerruf besonders zu verzichten; so in der oben erwähnten Urkunde (FRA II, 18. 67), volumus, ut presens facta conditio testamenti immobilis perpetuo perseveret, renunciantes ex nunc auctoritate iuris, que dicit, voluntas testatoris est deambulatoria, quoad vivit, sed hac auctoritate uti volumus, quod testamentum hominis immobile perseveret, quod per testatoris obitum confirmatur. Siehe auch das Testament in OÖ VII, 610. Der Verfasser, ein Bischof, bezeichnet es als ultime voluntatis dispositio, legitimum et immutabile testamentum. Wo nicht eine Beziehung aufs fremde Recht bemerkbar ist, kommen Erklärungen der Unwiderruflichkeit nur vor, wo ein Teil der Verfügung unwiderruflich, der andere widerruflich sein soll. So erklärt ein Stifter, daß er ein „Geschäft“ „ewichleichen staet haben wil und niht verwandeln noch verchern mit niht, ich gewinn erben oder niht“, eine andere Gabe aber, erklärt er weiter, „do behald ich mir uber vollen gewalt, daz ichz verchern muge, ob iz mier gevellet, oder ob ichz ze rat werde, swenn mich got wider gesente“ (FRA II, 18. 97).

Digitized by Google

Solche Widerrufsvorbehalte wie im zweiten Teile der eben zitierten Stelle sind aber sehr selten (siehe auch OÖ VII, 151), ebenso eine ausdrückliche Bezeichnung als letzter Wille mit Kassierung älterer Verfügungen. „Man sol ouch wissen daz wier ditz gescheft und geben stet wellen haben, wan ez unser lestes gescheft ist. Wan swaz wir vor geschaft oder gegeben haben, daz sol allez tod wider daz gescheft und geben sein, seit ez daz lest ist" (FRA II, 16. 81). „Und sullen noch mügen im (dem Bedachten) all ander brief, wie die genant sind, di elter sind, an dem gegenwurtigen gemächt chayn schad sein, weder klain noch grozz" (FRA II, 18. 394). Die oben angeführte Urkunde (FRA II, 18. 67), die sich als unwiderruflich erklärt, kassiert gleichfalls ältere Verfügungen: non obstante ordinatione quadam sive testamento quod quodam tempore precedente quadam egritudine inpellente feceramus, quam vel quod non solum omnimodis inmutatum, verum eciam cassum et irritum nunciamus.

In diesen Verfügungen möchte ich wirklich das Eindringen eines neuen, dem einheimischen Rechte bisher fremden Gedankens erblicken. Die vereinzelten Fälle, in denen einem „Geschäft" die Kraft beigemessen wird, andere ältere „Geschäfte" aufzuheben, fallen so gänzlich aus dem Gedankenkreis des sonst gültigen Rechtes heraus, daß der Schluß auf ein Einwirken des römischen Rechts durch kirchliche Vermittlung sehr nahe gelegt ist. Dies gewinnt an Wahrscheinlichkeit dadurch, daß das Göttweiher Formelbuch folgende Schlußklausel für jedes Testament vorschreibt: Hec omnia et singula supradicta rata et firma esse volumus, si migrare de hac luce nos continget, si autem dei gratia vite nostre cursum protraxerit omnia revocamus inania et irrita facientes ac nullius prorsus momenti.

Es wird also zur Ermöglichung eines Widerrufes die ausdrückliche Erklärung des Charakters der Letztwilligkeit empfohlen, ein weiterer Beweis dafür, daß Unwiderruflichkeit

Digitized by Google

als Regel galt. In der Praxis wurde übrigens von diesem Vorbehalt fast nirgends Gebrauch gemacht, nur die oben (S. 40) zitierte Stelle aus FRA II, 18. 97 erinnert einigermaßen daran.

VIII.

Eine sehr häufige Klausel in den Vergabungsurkunden ist die, in der der Stifter eine Haftung für die Rechtsgewährung übernimmt. Ich möchte sie mit Rücksicht auf einen fast stets darin wiederkehrenden Ausdruck die „Scherm"-klausel nennen. Ihre einfachste Gestalt ist die, worin der Vergabende erklärt: ich bin (oder auch ich gelobe) dem Bedachten „scherm und gewer für alle Ansprach als Landes Recht und Gewohnheit ist in Österreich" (OÖ VII, 70; SP 304, 640; FRA II, 6. 43, 44, 62; 18. 234, 246, 304, 369; ähnlich 33. 188, 191; OÖ VI, 127, 152, 371). Eine andere Formel lautet: „zu besserer Sicherheit setze ich mich dem Bedachten zu rechtem Scherm für alle Ansprach als Landes Recht ist in Österreich". Sie scheint einem Formular des Wiener Schottenstifts anzugehören, denn sie findet sich in zahlreichen Urkunden dieses Stiftes (FRA II, 18. 137, 139, 163, 164).

In der Schermklausel wird, wie man sieht, regelmäßig auf das geltende Recht Bezug genommen und zwar wird fast immer der Rechtskreis bezeichnet, dem die Norm angehört, häufig auch das Gebiet; so findet sich oft Landesrecht (FRA II, 18. 304; SP 640; OÖ VI, 127, VII, 70), ferner Eigensrecht namentlich in St. Pöltner Urkunden (SP 364, 644, 653 usw.; FRA II, 18. 139, 169; 33. 188), auch Kaufeigensrecht (SP 376, 377), Lehensrecht (FRA II, 33. 189), Burgrecht (FRA II, 16. 258; 33. 221), Bergrecht (FRA II, 18. 166), Grunddienstrecht (FRA II, 18. 369), Wiener Stadtrecht (FRA II, 18. 234, 246); das Landesrecht ist meist das Österreichs, auch des Landes ob der Enns (OÖ VI, 320); doch finden sich auch Rechte anderer Länder erwähnt, z. B. das Kärntens (FRA II, 16. 156).

Digitized by Google

Die Urkunden des Stiftes Seitenstetten haben ganz ähnliche Formeln, doch vermeiden sie das Wort „Scherm", es ist meist durch „Gewer" ersetzt (FRA II, 33. 127, 178. 188, 189, usw.). Im Göttweiher Formelbuch ist die oben zuerst genannte Formel ins Lateinische übersetzt: promisimus . . . contra omnem impeticionem tueri et defendere iuxta terre Austrie et civitatis W. (offenbar Wiennensis) iusticiam et consuetudinem approbatam (siehe unten Anhang II).

Im Gegensatz zu den erwähnten kurzen Schermklauseln stehen die ausführlicheren, die sich in der Regel aus der kurzen eigentlichen Schermklausel, aus einem Gelöbnis, den entstehenden Schaden zu ersetzen, und der Haftungserklärung für das gesamte Vermögen des Verfügenden zusammensetzen, z. B. „wir sullen auch . . . recht scherm und gewer sein fur alle ansprach, als aigens recht ist und des lands recht ze Ostereich. Nemen si dar uber schäden mit recht, den selben schaden sullen wir in genzleich ablegen und sullen si das haben auf uns und auf allem unserm guet, das wir haben in dem lande ze Osterich, wir sein lebentig oder tod, und davon bechomen als sie nagst mugen" (SP 364). Oder noch ausführlicher: (des Gutes samt Zubehör) pin ich . . . (des Bedachten) ir rechten fürstand gewern und scherm für alle ansprach, als aigens und gewidempts güets recht ist und als lands recht ist ze Österreich; gieng aber in mit recht daran icht ab, oder das se mit recht daran icht krieg zuespruch oder invêll gewunnen von wem das wêr, und was se des scheden nemen, wie die genant würden, di ir ainer bei seinen trewn ungesworen gesprechen mag und unberecht, da süllen wir se genzleich umb ausrichten und widerkeren an alle widerred; und sullen auch se das alles haben dacz uns unverschaidenleich und dacz unsern trewn und darzu auf aller unsern hab so wir haben und hinder uns lassen in dem land ze Osterreich oder wo wirs haben, wie si genant ist, erb und varund gütt, des alles nichts auszogen, und des alles davon bekomen, so se nachst mûgen und in allerpest gevellet und

Digitized by Google

fuegund ist. Das ist unser guetleich wil an allen auszug, wir sein lebentig oder tod" (SP 846). Ähnliche Klauseln sind zu finden in FRA II, 16. 258; 33. 178, 189; SP 653, 668, 711, 760, 822 usw. Welchen Rechtsinhalt der „Scherm" bedeutete, sagen uns auch andere Wendungen wie z. B.: „zu allem recht als ichz und meine vodern gehabt und gelobe ihnen das zu schermen nach landsrecht in Österreich" (FRA II, 6. 63, 76, 91).

In allen diesen Fällen ist ein gemeinsamer Gedanke, der Vergabende übernimmt die Haftung für die Rechtsgewährung, nicht bloß für den Besitz, sondern für die ganze Rechtsstellung, in der er sich selbst befand. Diese Haftung übernimmt er durch Gelöbnis auf sich und sein ganzes Vermögen. Selbst wenn nicht die Formel „wir sein lebentig oder tod" in diese Erklärung eingefügt wäre (sie ist es regelmäßig), hätte doch diese Übernahme der Haftung ganz den Charakter einer Übertragung unter Lebenden. In der Tat finden wir die gleiche Formel nicht selten bei Verträgen aller Art, in Kauf- (SP 452, 453, 470)[1]), Tausch- (SP 740, 773), Pfand- (SP 775) und Morgengabbriefen (SP 461, 693).

Nicht selten übernimmt den Scherm ein Dritter, er erhält dann dafür ein Entgelt, so FRA II, 16, 25: „Des selben gůetes ist Scherm der Abt von den Schotten, den dient man da von Jaerleich einen phenning"; ferner die Söhne und Erben des Stifters (FRA II, 6. 77), der Grundherr (ebenda 46), der Hofrichter (ebenda 47). Siehe auch SP 640. Damit wird die Gewährung des zugesicherten Rechts durch Bürgen gesichert.

IX.

Für den Charakter des Rechtsgeschäftes ist auch bedeutsam die Form, in der das bedachte Kloster die Ausführung des Stiftungswillens übernimmt.

[1]) Über die Schermklausel in Kaufverträgen siehe Rabel, die Haftung des Verkäufers, S. 166 ff.

Digitized by Google

Die Abhaltung des Jahrtages, die Zuwendung der Erträgnisse zu bestimmten Gaben für die Klosterbrüder (für Gewand, Wein, Semmeln, Fische u. ä.) oder an Sieche und Arme, das Begräbnis in der Klosterkirche, die Erhaltung eines ewigen Lichtes sind der gewöhnliche Inhalt der Anordnungen des Stifters.

Die regelmäßige Form hierfür ist die der Auflage, der Stifter trifft seine Anordnung „mit solcher beschaidenheit", „also beschaidenlich" oder „also mit ausgenommener oder beschaidener red", daß das Kloster dies oder jenes tun soll. Diese Form (z. B. FRA II, 16. 21, 78; OÖ VI, 152, 429, 551, lateinisch: tali pacto quod, FRA II, 51. 398, siehe auch Seite 37) ist in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zu finden.

Mitunter findet sich jedoch auch eine andere Form. Das Kloster hat die Verpflichtung zur Erfüllung des Stiftungszweckes durch einen besonderen Verpflichtungsakt übernommen. Häufiger findet sich diese Form in den Urkunden von Altenburg, sie scheint einem lokalen Brauch oder einem lokalen Formular zu entstammen. Das Kloster hat die Erfüllung des Stifterwillens gelobt (FRA II, 21. 146) oder sich dazu verbunden (ebenda 174, 178, 192, 201), auch die Wendung „verlobt und verpunden" kommt vor (ebenda 190, 224). Vereinzelt findet man diese Ausdrücke auch anderwärts (z. B. FRA II, 16. 21 „Ich . . . han ouch gebeten und ist mir gelubte", nämlich das Begräbnis im Kloster). Diese Ausdrücke enthalten den Hinweis auf ein Gelöbnis, auf ein Geschäft, in dem sich das Kloster dem Stifter gegenüber verbindlich machte, seinen Willen zu erfüllen. In OÖ VI, 370 erklärt der Stifter, der Kaplan habe mit Urkunde dieses Briefes „gelobt und verhaizzen mit seinen trewen" die gestiftete Messe zu lesen. Wir sehen also, daß wenigstens mitunter durch einen Rechtsakt unter Lebenden der Bedachte durch Treugelöbnis Verpflichtungen übernimmt.

Daß die Klöster diese Verpflichtungen bei Lebzeiten der Stifter zu übernehmen pflegen, zeigen die zahlreichen Re-

Digitized by Google

verse, die meist die wörtliche Wiederholung des Stiftbriefes enthalten. Daß aber diese Reverse bei Lebzeiten des Stifters ausgestellt wurden, dafür sind mehrfach Beweise vorhanden. Hierher gehört es z. B. wenn Stiftbrief und Revers am gleichen Tage ausgestellt werden (z. B. OÖ V, 55; SP 846, 847), ferner die direkte Bestätigung über den Empfang eines Reverses in der Seelgerätsurkunde. So betraut eine Stifterin mit der Obsorge über ihre Stiftung „mein nechst frewnt oder wer den brief, den Si mir herwider gegeben habent, mit derselben meiner nechsten frewnt gutem willen innehat" (FRA II, 16. 305) endlich das durchgängige Fehlen einer Memorationsformel bei Erwähnung des Stifters im Revers. Wenn die Urkundenpraxis der damaligen Zeit es nie versäumt bei Nennung des Namens eines Verstorbenen jedesmal ein „pie memorie", „seligen" oder „dem Got genad" hinzuzusetzen, beweist die Unterlassung eines solchen Beisatzes, daß die Urkunde bei Lebzeiten des Genannten ausgestellt ist.

Die Reverse sagen aber noch mehr, sie teilen nicht selten mit, was der Stifter „derzeit", d. h. zur Zeit der Ausstellung des Reverses ist, z. B. reversiert ein Pfarrer über eine Stiftung, die eine Frau Diemut „ze den zeiten . . . hofmaistrinn" gemacht hat (SP 669), ein anderer beurkundet, „daz wir uns verlübt und verpünden haben gen dem erbern manne Eberharten von Gaber zů den zeiten purggraff zu Prukk" (SP 743).

Im Gegensatz zu den Reversen stehen die Konfirmationsurkunden der Erben und Geschäftsvollstrecker, die nach dem Tode des Stifters ausgestellt werden; sie enthalten regelmäßig die Memorationsklausel FRA II, 16. 146; 18. 232; SP 364, 445, 728.

Der Stifter pflegt die Rechtsfolgen aus der Nichterfüllung der auferlegten oder gelobten Verpflichtungen des Bedachten in einer besonderen Klausel festzustellen. Das allgemeine Formular der Klausel lautet: „War aber daz... (das bedachte Kloster den Jahrtag nicht begeht, die auferlegten Verteilungen

Digitized by Google

nicht vornimmt) . . . so sollen sich mein nechsten erben und mein nechsten freunt der vorgenanten 'gueter unterziehen (unterwinden) und innhaben als lang unz das iz gebessert wurd".

Verschieden ist hier vor allem die Person, die das Zwangsmittel der Unterwindung, das heißt der Aneignung des Gutes und Einziehung der Nutzungen auszuüben hat. Die Fälle, in denen der Stifter sich dieses Recht selbst vorbehält, sind bereits oben (S. 34 f.) erwähnt worden. Es kommt auch vor, daß gar niemand genannt wird z. B. FRA II, 16. 154: „Wer aber, das si des nicht intaeten, so schol in furbas das gelt abgen". Regelmäßig sind es aber die Erben (FRA II, 16. 21, 26, 33, 43, 68, 239; SP 368, 396, 822) oder die Freunde (FRA II, 16. 136, 139, 146, 305; 18. 127, 148) oder auch beide (SP 640, 846; FRA II, 18. 166). Seltener finden sich andere Personen genannt, das Domkapitel (FRA II, 18. 454) oder der Abt und der Passauer Offizial (FRA II, 18. 304), verschiedene Geistliche (OÖ VII, 104; FRA II, 6. 12, 103), Richter und Gemeinde (OÖ VII, 71) oder der Stadtrat (SP 469, 796). In der Regel ist die Verwirkung nur Zwangsmittel, sobald die Verpflichtungen wieder erfüllt werden, tritt der Bedachte wieder in den Genuß des Gutes „wenn das geschiecht, so sullen in dieselben gult wider von uns oder von unsern erben ledig sein und gevallen" (SP 822), mitunter trifft aber denjenigen, der das Gut einzieht, die Pflicht, das Gut zur Übernahme der Stiftungsverpflichtungen einer anderen Kirche (SP 846), einem anderen Kloster (FRA II, 18. 127), einem anderen Priester (OÖ VII, 20) oder einer Wohltätigkeitsanstalt (dem Bürgerspital FRA II, 18. 166) zu übergeben, die Säumnis hat in diesen Fällen eine Verwirkung des Gutes zur Folge. Auch Abstufungen immer stärkerer Zwangsmittel, für den Fall des Versagens der leichteren, finden sich (FRA II, 18. 304; OÖ VII, 16), ebenso wie die Festsetzung von Geldstrafen (FRA II, 18. 304, 397). Die Bestimmung eines Vertrauensmannes zur Ausübung des Unterwindungs-

Digitized by Google

rechtes und zur Einziehung der Strafen ist die Einsetzung eines Vollstreckers des Stiftungswillens, es ist keine Zuwendung zu eigenem Nutzen sondern nur zu getreuer Hand.

X.

Die Seelgerätsurkunde trägt regelmäßig ein oder mehrere Siegel und führt Urkundszeugen an. Der Aussteller siegelt immer selbst, wenn er ein Siegel hat, denn er fügt stets hinzu „weil ich kein eigenes Siegel habe", wenn an seiner Stelle ein anderer die Urkunde siegelt (z. B. FRA II, 18. 369; 51. 820, siehe auch Anhang III), die Zahl der Mitsiegler und Zeugen wechselt, die Zahl jener ist immer die kleinere und beträgt gewöhnlich zwei bis vier, nicht siegelnde Zeugen kommen bis zu zwölf und achtzehn vor (FRA II, 6. 68; 21. 146). Zeugenlose Urkunden sind verhältnismäßig selten (FRA II, 6. 7, 8, 51, 60; 16. 26, 168; 33. 141, 191, 193). Auch für die Zuziehung von Zeugen scheinen lokale Bräuche von Einfluß gewesen zu sein. In den Klöstern Seitenstetten, Heiligenkreuz und St. Bernhard gibt es häufig zeugenlose Seelgerätsurkunden, bei den Schotten in Wien sind zwei Mitsiegler Regel (FRA II, 18. 240, 246, 304, 369). Die Einhaltung der römischen Zahl von sieben oder fünf Zeugen ist nirgends zu beobachten.

Unter den Mitsieglern und Zeugen sind weitaus am häufigsten Verwandte vertreten, Söhne, Brüder, Vettern des Stifters, gewöhnlich solche, die im Eingang der Urkunde als zustimmend angeführt wurden, ihre Zustimmung drückt sich durch die Anwesenheit beim Beurkundungsakt und die Mitbesiegelung der Urkunde aus (FRA II, 6. 129; 16. 68, 152, 159; 33. 125, 188; 51. 603; SP 169, 220, 340, 376, 759; OÖ VII, 99, 153, 180, 267 usf.). Ritter nehmen die Zeugen aus ihren Kreisen oder aus Prälaten, die ritterlichen Zeugen werden in Dienstherrn und Ritter (FRA II, 6. 91) oder in Ministeriales und Milites geschieden (ebenda 119) angeführt.

Digitized by Google

Obrigkeitliche Personen sind häufig als Zeugen angeführt, der Burggraf (OÖ VII, 47, 135), der Stadtrichter z. B. von Wien (FRA II, 18. 67), von St. Pölten (SP 271, 368, 515, 767, 789, meist ist der Richter und ein Bürger Zeuge) von Enns (OÖ VII, 177), von Ybbs (FRA II, 33, 149), von Wiener Neustadt (FRA II, 16. 49), von Waidhofen (FRA II, 33. 289), der Richter von Baden (FRA II, 16. 179), von Retz (FRA II, 6. 62), der Bürgermeister von Wien (FRA II, 16. 78, 81; SP 653), der Hansgraf von Wien (FRA II, 16. 139); auch trägt die Urkunde nicht selten das Stadtsiegel z. B. von Bruck (SP 712, 760), von Steyr (OÖ V, 530, VII, 149, 150, 164), von Freistadt (OÖ VII, 291), von Wels (OÖ VII, 36), von Preßburg (FRA II, 16. 67) oder man findet erwähnt, daß die Urkunde in der Bürgerbüchse hinterlegt wurde (OÖ VII, 141)[1]), endlich finden wir öfters Bürger erwähnt, sie kommen oft neben dem Stadtrichter oder Bürgermeister vor, aber auch allein fungieren sie offenbar als Genannte oder geschworene Urkundspersonen, z. B. „mit der Erbern Purger insigeln hern Jakobs des Meserleins, hern Perchtolds des Schutzenmaister sun, von die bei disem gescheft gewesen sint und die ich des gebeten han, daz si diser sach gezeugen sint mit iren insigeln". (FRA II, 16. 174).

Auch außerhalb der Städte sind obrigkeitliche Personen als Zeugen nicht selten, es erscheinen hier der Marschall und der Kellermeister von Österreich (FRA II, 6. 70, 110; 16. 66, 123, 126; SP 693; OÖ VII, 71), auch der Marschall des Bischofs von Passau (bei Untertanen des Bischofs (SP 271), der Landeshauptmann (OÖ VII, 144, 151, 157), der Landvogt (OÖ VII, 166), der Landrichter (FRA II, 16. 34), der Vogt (FRA II, 33. 178; SP 239), der Grundherr (FRA II, 18. 394; SP 230), der Bergmeister (FRA II, 16. 72, 74), der Forstmeister (ebenda 170).

[1]) Zahlreiche weitere Beispiele über die Beteiligung der Stadtobrigkeiten an Seelgerätsstiftungen siehe bei Srbik, Beziehungen zwischen Staat und Kirche, S. 187 ff.

Digitized by Google

Geistliche als Zeugen sind verhältnismäßig selten, so der Pfarrer nebst Richter und anderen Männern von Baden (FRA II, 16. 179), der Pfarrer als Pfleger nebst dem Marschall (OÖ VII, 71), Pfarrer neben weltlichen Zeugen. meist Verwandten (FRA II, 33. 176; 51. 273, 275, 326; OÖ VII, 303), auch zwei Pfarrer (FRA II, 6. 29), Pröpste (SP 251, 653, OÖ VII, 104), Dechante (FRA II, 51. 282), Äbte (FRA II, 6. 12, 28), der Bischof nebst zahlreichen Geistlichen (SP 62, 169) u. ä.

Die Beteiligung von Geistlichen ist zum Teil derart, daß sie auf ein Testament nach kanonischem Recht schließen läßt, so in den eben angeführten Fällen, wo ein Pfarrer mit wenigstens zwei Zeugen an der Errichtung beteiligt ist, oder wenn die lateinische mit Invocatio und Arenga anhebende Stiftungsurkunde eines Geistlichen die Siegel des Propstes von St. Pölten, des Offizials des Bischofs von Passau und dreier Pfarrer trägt (SP 251). Mehr der stadtrechtlichen Form nähert es sich, wenn nebst dem Pfarrer Richter und Bürger erscheinen. So in der oben angeführten Urkunde in FRA II, 16. 179 oder in SP 368. Die Aussteller und der Probst von St. Pölten, für dessen Spital eine Zuwendung gemacht wird, siegeln, während als Zeugen „dises taiding" der Spitalmeister des Klosters, der Richter und zwei Bürger genannt sind[1]).

Neben den bisher genannten, vom Stifter ausgestellten Urkunden, sind auch Urkunden von Obrigkeiten zu erwähnen, die eine Zuwendung auf den Todesfall beurkunden. So beurkunden der Richter und die Geschworenen der Stadt Bruck die Seelgerätsstiftung eines Bürgerpaares, besiegelt mit dem Stadtsiegel (FRA II, 16. 48). Ähnlich eine Beurkundung des Rats der Stadt Stein, besiegelt mit dem Stadtsiegel und dem

[1]) In einzelnen Urkunden ist die Gerichtlichkeit des Aktes ausdrücklich bezeugt. Drei Ritter haben die Stiftung im Hoftaiding vorgenommen. (Dicz dinch ist geschehen und diser prief ist gegeben dacz Wienn im Hoftayding; FRA II, 6. 91). Die Auflassung eines Weingartens erfolgt „vor der Rechten perch herren" (FRA II, 16. 43), eine lehensgerichtliche Bestätigungsurkunde auf Ansuchen der Geschäftsvollstrecker ist in SP 563 enthalten.

Digitized by Google

Siegel des Richters (FRA II, 51. 239), des Richters, Rats und der Gemeinde Steyr (OÖ V, 443), der Sohn der Stifterin, der Richter und vier Bürger von Bruck, von denen einer als geschworener Bürger des Rats bezeichnet wird, beurkunden, „das wier dapei sein gewesen", wie die Stifterin ihre Anordnung traf. Die Urkunde trägt das Siegel der Stadt Bruck und des Bergmeisters (SP 760). Auch der Stadtrichter allein fungiert als Aussteller doch mehr in seiner Eigenschaft als Zechmeister der Stadt, weshalb ich die betreffende Urkunde (SP 811) nicht so sehr als Beurkundung durch die Obrigkeit, sondern als Revers ansehen möchte. Wiener Stadturkunden über Verfügungen auf den Todesfall, siehe bei Srbik S. 188, siehe ferner OÖ V, 444, 549.

XI.

Aus der Untersuchung der formelhaften Bestandteile der Seelgerätsurkunden lassen sich manche Schlüsse ableiten. Vor allem scheint mir im allgemeinen der sachenrechtliche Charakter des Geschäfts den erbrechtlichen noch bedeutend zu überwiegen. Die Seelgerätsurkunde ist in erster Linie Besitztitel für den Erwerber. Dahin gehören gewiß alle Fälle, in denen ein Übergang des Gutes auf den Bedachten noch vor dem Tode des Stifters stattfindet. An eine letztwillige Verfügung erinnert hierbei fast nichts als das Motiv der Schenkung, die Vorsorge für das Seelenheil.

Von großer Bedeutung ist die der Seelgerätsurkunde mit den eigentlich erbrechtlichen Verfügungen gemeinsame Bezeichnung als Geschäft oder Testament. In der Bezeichnung Testament ist eine Einwirkung des fremden Rechts zu bemerken. Aber bei dem Mangel oder doch der großen Seltenheit der widerruflichen einseitigen Verfügungen auf den Todesfall wird der Name Testament auch auf die Vergabungsurkunde erstreckt[1]). So kommt es, daß ein

[1]) Beseler, Erbverträge I, 242 nimmt unter Berufung auf das kanonische Recht c. 8, 10, 17, X. de testam. an, daß Testament im Mittel-

Digitized by Google

und derselbe Ausdruck ganz verschiedene Dinge umfaßt. Die Seelgerätsurkunde betrifft Schenkungen unter Lebenden, Schenkungen auf den Todesfall und einseitige widerrufliche Verfügungen auf den Todesfall; allein die letzte Art ist selten, die der Schenkung, der Vergabung ist die regelmäßige.

Ebenso allgemein im Sinne wie die Bezeichnung Testament ist die Bezeichnung Geschäft[1]) und die ihr entsprechende Bezeichnung der Tätigkeit Schaffen[2]). Die österreichischen Seelgerätsurkunden des 14. Jahrhunderts bestätigen, wie fast jeder Buchstabe der bekannten Stelle des Schwabenspiegels (L 311; W 22) über die Vergabung in der Praxis Anwendung fand. Vor allem finden wir in der Praxis die Unterscheidung der größeren oder geringeren „stäte" wieder. Die Urkunden geben nicht den geringsten Anhaltspunkt für Beselers Meinung (Erbverträge I, 143), die Stätigkeit sei die Unwiderruflichkeit. Unwiderruflich sind alle Akte, die der Schwsp. aufzählt, und sie alle fallen unter den Begriff der Vergabung. Nach dem Schwsp. sind die Formen, in denen der, der Gut schaffen will, nach seinem Tode es sicher machen kann, die Übergabe einer Urkunde oder die Erklärung vor Gericht. Als besonders „stät" gilt aber die Aussetzung eines Zinses, denn sie verschafft die Gewere. Wir haben diese Gruppen größerer und geringerer Stätigkeit oben kennen gelernt (S. 33 ff.); wenn man von den seltenen Ausnahmefällen, in denen der Widerruf vorbehalten wird, absieht, wird dem Bedachten stets ein unwiderrufliches Recht erworben, in dem einen Fall jedoch eine bloße Anwartschaft, ein künftiges nach dem Tode erst wirk-

alter jede Zuwendung auf den Todesfall bedeutet habe, welche auf bloßer Willenserklärung des Disponenten beruht und von ihm widerrufen werden kann.

[1]) Beseler (a. a. O. I, 138) meint, Geschäft werde vorzugsweise vom römischen Testament, nicht von der Vergabung gebraucht. Ihm schließt sich Hasenöhrl S. 145 an.

[2]) Beseler (a. a. O. I, 139) anerkennt diese allgemeine Bedeutung des Wortes „Schaffen" in Schwsp. 311.

Digitized by Google

sames Recht (siehe oben S. 37 f.), im anderen Falle ein sofort in lebendige Wirksamkeit tretendes, wenn auch vielleicht bis zum Tode des Gebers noch durch Vorbehalte eingeschränktes dingliches Recht (siehe oben S. 33 ff.). Der Grad der dinglichen Wirksamkeit ist es also, nach dem der Schwsp. die Stätigkeit bemißt.

An den sachenrechtlichen Geschäftsverkehr erinnert auch vieles andere in den Seelgerätsstiftungen, so die aus der Sachgemeinschaft fließenden gemeinschaftlichen Vergabungen, die Haftung für Rechtsgewähr, die Entgegennahme einer Verpflichtungserklärung des Bedachten. Sie stellen die Seelgerätsstiftung in eine Linie mit den dinglichen Übertragungen unter Lebenden, man kann vielleicht sogar sagen, die Übertragung einer Sache unter Lebenden ist der allgemeine Typus, von dem die Seelgerätsstiftung nur ein besonderer Fall ist, und es ist eine Abweichung von diesem Typus, wenn diese Übertragung auf den Todesfall abgestellt wird.

Wie wir sehen, ist die systematische Stellung der Seelgerätsstiftung im Mittelalter eine andere gewesen als diejenige, die wir ihr heute zuweisen würden. Wir unterscheiden die von den Grundsätzen des Sachen- und Obligationenrechtes beherrschten Übertragungen unter Lebenden und die erbrechtlichen Verfügungen auf den Todesfall. Das Mittelalter faßt die in diese beiden Hauptgruppen fallenden Verfügungen zum Seelenheil in die Gruppe der Seelgeräte zusammen und unterscheidet theoretisch nicht, ob das Geschäft unter Lebenden oder auf den Todesfall erfolgen soll. Für das Mittelalter ist diese Frage kaum eine Rechtsfrage, sondern mehr eine Frage der konkreten Umstände, eine Tatfrage. Trotzdem besteht ein inniger Zusammenhang mit den anderweitigen Verfügungen auf den Todesfall. Die gleichen sprachlichen Bezeichnungen verknüpfen sie miteinander. Darum sucht das eindringende fremde Recht sich der Seelgerätsstiftungen unter dem Gesichtspunkte letztwilliger Verfügungen zu bemächtigen, allerdings

Digitized by Google

war, wie wir sahen, für das 14. Jahrhundert der praktische Erfolg dieser Bestrebungen fast null.

Wenn wir so sehen, wie fest und ungebrochen noch durch das ganze 14. Jahrhundert das einheimische Recht die Zuwendungen an die Kirche beherrscht, wie wenig es dem fremden Rechte gelungen ist, sich in der Praxis Geltung zu verschaffen, muß das unser Urteil über die Bedeutung der theoretischen und praktischen Populärliteratur des fremden Rechtes wesentlich beeinflussen. Die Theorie mag in der Summa legum wie im Baumgartenberger Formelbuch ein mehr oder weniger adaptiertes römisches Testamentsrecht lehren, die Praxis nimmt in der häufigsten Form von Verfügungen auf den Todesfall keine Notiz davon, der Baumgartenberger Mönch mag seiner Theorie entsprechende Formeln aufstellen, die Praxis wendet sie nicht an. Wenn Rockinger (Quellen und Erörterungen IX, 1, LXVI) sagt, daß die Formelbücher „unter den Quellen zur Erkenntnis unseres mittelalterlichen Rechtes, insbesondere für die einläßlichere Beantwortung der ebenso interessanten als wichtigen Frage nach dem allmählichen Eindringen des römischen Rechtes in Deutschland an nicht zu verachtender Stelle zählen", so läßt sich dies für das berühmteste Formelbuch nur in sehr eingeschränktem Maße aufrechthalten. Für die Dogmengeschichte, für die sogenannte theoretische Rezeption mag es immerhin von Interesse und Bedeutung sein, mit der Praxis, wie man von einem Formelbuch wohl annehmen sollte, hat es nichts zu tun. Es leitet weder aus der einheimischen Praxis seine Herkunft ab, noch hat es sie irgendwie zu beeinflussen vermocht.

Digitized by Google

Anhang.

Unter I. gebe ich die Eingangsformel des Baumgartenberger Testamentsmusters, unter II. das Formular des Peter von Hall im Göttweiher Formelbuch, unter III. ein Beispiel einer wirklichen Seelgerätsurkunde. Ein flüchtiger Vergleich zeigt, wie nahe sich II. und III. stehen, wie entfernt I. und III. voneinander sind. Für III. wählte ich absichtlich eine Urkunde, die von einem Beamten des Klosters Baumgartenberg für dieses Kloster nicht lange nach der vermutlichen Abfassungszeit des Formelbuches ausgestellt wurde, für die also alle äußeren Momente zur Benutzung des Formelbuches vorliegen mußten.

I.

Eingangsformel nach dem Baumgartenberger Formelbuch

(FRA II, 25, S. 64).

Quoniam ea, que in humanis fiunt rebus, vel longi decursus temporis memoria abstergit hominum, vel calumpniatorum plerumque conturbant insidie, necessarium est, ut scriptis et testibus inviolabilem accipiant firmitatem. Itaque notum sit universis Christi fidelibus presentes literas inspecturis, quod ego N. miles civitatis Winnensis horam migracionis michi imminere videns ex hac vita, utpote intollerabili egritudine gravatus, de rebus michi a Deo datis legitimum testamentum facere statui et factum pronuncio in hanc formam. Ego N. civis Winnensis tam natu quam voluntate liber, etatis etiam legittime ad testandum, eger quidem corpore sed sana mente

Digitized by Google

sine omni alieni actus illiciti interposicione, sed uno debitoque contextu, de rebus meis, quas juste possedi et possideo, legittimum testamentum post mortem meam omnino et ab omnibus observandum faciens ipsum esse ultime voluntatis mee veritate presentium profiteor et protestor. In primis igitur ordino etc.

II.

Formular einer Seelgerätsurkunde aus der Summa de formacionibus privilegiorum et instrumentorum des Peter von Hall.

(Cod. Nr. 167 des Stiftes Göttweih fol. 102 f.).

Item testamentum seu legatio ad ecclesiam pro perpetuo anniversario peragendo. Ego Ch. talis et ego G. uxor sua praesentibus publice profitemur et scire cupimus universos tam praesentes quam futuros, quod nos habito maturo consilio amicorum et bona voluntate heredum nostrorum et consensu tempore, quo bene facere potuimus, decem talenta denariorum redditus (folgt die Angabe der belasteten Güter und der Zinstermine) . . . ad monasterium tale ob animarum nostrarum et antecessorum nostrorum remedium libere donavimus et perpetuo possidenda tali condicione apposita et adiecta, quod dominus abbas et conventus post obitum nostrorum amborum nostrum anniversarium annis singulis cum una missa et longis vigiliis debent peragere atque sollempniter cum scolaribus more solito decantare . . . (folgen Vorschriften über die Verwendung der Erträgnisse) . . . Item dedimus eidem monasterio quatuor cum dimidio talenta denariorum redditus . . . (folgt die Angabe der belasteten Güter und der Zinstermine) . . . ut in capella sancti Georii predicti monasterii in nostri et antecessorum nostrorum memoriam una missa cum devocione de conventu sepedicti Monasterii cottidie celebretur, et quod eadem capella de eisdem redditibus a predicto Monasterio lumen perpetuum sentiat adherere, et quod idem redditus videlicet prima 10 talenta cum ultima 4 cum dimidio talenta den. nunquam in nullo tempore

Digitized by Google

a predicto Monasterio nec per abbatem nec per conventum sive per aliquem alium debeant sequestrari.

Volumus tamen, ut quamdiu nos ambo vivimus, quod dominus abbas et conventus eiusdem Monasterii predictum censum nobis annis singulis integraliter persolvere debeant et servire; quamcunque vero predicti domini abbas et conventus dicti monasterii nostrum testamentum, sicut nos ordinamus, cum predictis 14 cum dimidio talentis den. redditus adimplere et servire noluerint, tunc ordinavimus, quod nostri amici proximi et heredes bona voluntate et consensu dominorum abbatis et conventus sepedicti Monasterii de predictis redditibus se totaliter intromittant et inter alia Monasteria et ecclesias alias dividere studeant ob nostram et antecessorum nostrorum animarum salutem secundum quod ipsorum decuerit fidei puritatem. Promisimus eciam eisdem sepedictos redditus contra omnem impeticionem tueri et defendere iuxta terre Austrie et civitatis W. iusticiam et consuetudinem approbatam. In cuius rei etc.

III.

Muster einer Seelgerätsurkunde.

(OÖ V, 310).

Ich Ulrich meiner herrn von Pawngartenberg hofmaister zu Chrembs vergich an disem brief und tuen kundt allen den, die in sehennt oder horen lesen, die nun sind oder hernach kunfftig werdent, das ich mit verdachtem mût und mit frawn Alhaiten meiner hausfrawen guetlichem wille unnd nach aller meiner pessten Frewndt Rat, da ich es wol mocht getuen, dem Gotshaws und der Samnung hintz Pawngartenperg mein baid Weingårten, die da liegennd datz Khrembs an dem Weinzurlsperg, die ich umb mein aigen guet gekaufft han, zu einem ewigen Seelgerêt geschafft han mit sogthaner beschaidennhait, das dieselben baid weingärten nach meinem tod und nach meiner hausfrawen tod sullen zu demselben gotzhaws ewiglich gehôren, und man sol auch alle jar nach

Digitized by Google

unser beder tod an unnser baider jartag von zwain phundten den herren jn das Refennt ein völligs dienst geben, als gewöndlich ist. So hat auch sich die vor genannt Samnung von Pawngartennperg gegen mir und gegen meiner hausfrawen des gepunden, das man alle jar mir und meiner hausfrawen frawn Alheiten sol untz an unnser baider tod geben, das hie geschrieben ist, einen Mutt Chorns (folgen verschiedene andere Naturalgaben) . . . Und darumb das ditz geschefft von mir und auch von all mein Erben stät und unzerbrochen hinfurbas beleib, und das auch das vor genannt Gotshaws die vor genannten zwein Weingärten nach meinem tod und auch nach meiner hausfrawen tod in Nutz und in aigner gewer an alle ansprach und an allen krieg haben sullen, so gib ich dem vor genanntn gotshaws und der Samnung daselbs disen brief versigelt mit des erbern manns herrn Ruedolf des Motzen Burger zu Stain jnnsiegel, wann ich selbs nit aigenns Innsiegels han zu einem waren und zu einem ewigen Vrchunndt und zu einer bestätigkait ditz geschefts. Der brief ist geschriben und gegeben, do von Crists geburd erganngen waren drewtzehen hundert jar und darnach in dem Ains und tzwaintzigisten jar an Sand Michelstag (= 29. September 1321).

Digitized by Google

ENTLOHNUNG

DER

ALTNORWEGISCHEN GEFOLGSCHAFT.

VON

OTHMAR DOUBLIER.

Digitized by Google

In der ältesten Zeit, da sich alle Gefolgsleute in der Hausgemeinschaft des Gefolgsherrn befanden, hatte dieser ihnen den vollen Unterhalt zu gewähren, für ihre Bekleidung und Bewaffnung zu sorgen und ihre Dienste freigebig durch Geschenke — gewöhnlich aus der Kriegsbeute — zu lohnen[1]). Schon die skaldischen Bezeichnungen des Gefolgsherrn, vor allem des Königs, bringen dies zum Ausdruck: so das allgemeine Attribut mildr[2]) (subst. mildi), freigebig (bzw. Freigebigkeit) und davon abgeleitet subst. mildingr[3]), auð mildingr[4]) (gabenmild), hoddmildingr[5]) (der in bezug auf Schätze Freigebige), örr maðr[6]) (freigebig).

Auf die Freigebigkeit des Gefolgsherrn in bezug auf Geld oder Schätze deuten die Bezeichnungen: fémildr[7]), fégjafall[8]) (freigebig in bezug auf Geld), heiðsær[9]) (hjalmgöfugr heiðsær, (der helmgeschmückte Gabenmilde), sendir víka elds[10]) (Spender des Meerfeuers, d. i. des Goldes). — Schon die Rigsþula läßt den Jarl, sobald er sich sein Reich erkämpft hat, Ringe zer-

---

[1]) K. Maurer in Krit. Überschau d. deutschen Gesetzgeb. u Rechtswiss. II, S. 390.

[2]) Er war genannt Hálfdan hinn mildi ok hinn matarilli. Heimskringla yngl. S. K. 47; „mildi hans" (sc. K. Haralds), Fagrskinna 6; Heimskr. Olaf H. K. 71 (Skaldenstr.).

[3]) Heimskr. Hak. g. K. 6 (Skaldenstr.).

[4]) Skaldskaparm. 61.

[5]) Hkr. Olaf Tryggv. K. 20.

[6]) Hkr. Olaf Tryggv. K. 21.

[7]) Hkr. S. Ol. Tryggv. 26.

[8]) Fagrsk. 6.

[9]) Saga Olafs H. 178.

[10]) Hkr. S. Ol. Helg. K. 172.

Digitized by Google

hauen, um die Bruchstücke unter seine Mannen zu verteilen. Bezeichnende Ausdrücke in diesem Sinne sind ferner: menfergir [1]) (Schmuckbrecher), gullbrjotr [2]), (Goldbrecher), hoddsveigir [3]) (ags. syncesbrytta) (Hortbrecher), baugabrjótir [4]) (ags. beagabrytta) (Ringbrecher) malma þverrir [5]) (Goldverminderer), gollskýflir gjöflastr [6]) (der höchst freigebige Goldverteiler).

Charakteristisch für die Auffassung des Gefolgsherrn als des Ernährers seiner Mannen ist eine Stelle in der Olafs-Saga K. 234: Als dem þormoðr Kolbrunarskald nach der Schlacht bei Stiklastaðir die Pfeilspitze aus der Todeswunde gezogen wird, bleiben weiße und rote Fasern daran hängen. Da ruft er aus: „Gut hat uns der König genährt, fett bin ich um die Herzwurzeln.“ — Dagegen heißt es in Heimskringla Ynglinga Saga K. 47 von König Hálfdan, daß er seinen Mannen als Löhnung (í mála) ebensoviel Gold gab wie andere Könige Silber, aber er verkürzte sie in der Speisung; er wurde deshalb Halfdan der Freigebige und Speisekarge (Hálfdan inn mildi ok inn matar-illi) genannt [7]).

Für die Belohnung der Gefolgsleute durch Geschenke, namentlich Waffen, finden sich in den Sagas vielfache Belege.

In der Áns Saga Bogsveigis (c. 1) wird erzählt, daß König Olaf seinem Gefolgsmannen (hirðmaðr) þórir, um ihn auszuzeichnen, ein Schwert schenkte, das lange Zeit im Besitze seiner Vorfahren gewesen war, „es hieß þegn, war lang und breit und schlug von allen Schwertern den besten Schwertschlag“.

---

[1]) Hkr. Har. Harf. K. 22.
[2]) Skaldsk. 61.
[3]) Hkr. Ol. Tryggv. K. 20.
[4]) S. Olafs e. H. 245.
[5]) Hkr. Hak. g. 26.
[6]) Hkr. Hak. g. 8.
[7]) In bezug auf die Gaben des angelsächsischen Königs an seine Gefolgsmannen vgl. Kemble, Sax. in Eng., I, 183 und Larson: The King's household in England before the Norman Conquest. (Bulletin of the University of Wisconsin No. 100).

Digitized by Google

Eine zusammenfassende Bezeichnung für alles, was der Gefolgsmann vom Gefolgsherrn erhält, ist der skaldische Terminus heiðfé, von heiðr, Ehre, Auszeichnung und fé Geld. „Heiðfé heitir máli ok gjöf, er höfðingjar gefa"; (Heiðfé heißt der Sold und die Gabe, welche Häuptlinge geben[1]). Von heiðfé abgeleitet ist die Bezeichnung heiðmaðr[2]) für den Gefolgsmann „es traten die Mannen in die Gefolgschaft des Jarl Gizur, drei als Würdenträger (tigir menn), andere aber als heiðmenn, andere als gestir." Eine weitere Ableitung ist heiðlauna (adjektivisch heiðlaunað jörð[3]), ein Grundstück, das als Ehrengabe geschenkt wurde, namentlich seitens eines Fürsten für treue Dienste). Eine Eigentümlichkeit der norwegischen Gefolgschaft ist die feste Löhnung, máli, für die nicht mit Krongütern ausgestatteten Mannen[4]). — So heißt es in Sverrissaga K. 40: „K. Sverre gab seinem Gefolge sogleich den Sold und fügte hinzu große Auszeichnungen" (gáf þa þegar mála hirð sinni, ok jók við þa margar nafnbætr). — Ähnlich ist die Stelle in Egilssaga 264: Adalsteinn konungr gaf mála þeim mönnum öllum (etc.). — Njálssaga 121 gebraucht den Ausdruck „ganga á mála" im Sinne von Dienste nehmen, und von Harald Harðraðr, der in byzantinische Dienste tritt, heißt es: „Und als Harald nach Konstantinopel kam und mit der Kaiserin zusammentraf ‚þá gekk hann þár á mála'" (Hskr. Har. Harðr. K. 3). Von máli abgeleitet ist ferner die Bezeichnung málamaðr (ein Mann, der Sold oder Lohn empfängt) für den Gefolgsmann.

Der Königsspiegel[5]) bezeichnet alle diejenigen Männer, welche dem König Mannschaft geleistet haben (er handgengnir ero), als seine húskarlar; aus diesen hebt er wieder eine Kategorie hervor, welche zwar immer am königlichen Hofe weilen,

---

[1]) Snorr. Edda I. 484; vgl. Heilag. S. I, 555[25], 576[30].
[2]) Sturl. S. II, 252.
[3]) Gulaþ. L. 270[3].
[4]) Amira, Grundriß d. germ. Rechtes, S. 117f.
[5]) Speculum regale, hrsg. v. Brenner, München 1881.

Digitized by Google

die aber doch nicht málamenn sind und auch nicht an der gemeinsamen Tafel des königlichen Gefolges teilnehmen[1]) Sie verrichten dieselben Arbeiten, wie solche auch auf allen Bauernhöfen zu tun sind[2]). Von einer zweiten höheren Klasse, den sogenannten gestir, heißt es dagegen, daß sie málamenn des Königs seien und den halben Sold der eigentlichen Gefolgsleute bekämen, „eru þo málamenn konongs ok taka halfa hirðmanna mála“[3]). Über die Höhe des máli gibt eine Stelle der Hákonarsaga Hákonarsonar Aufschluß[4]) (Kap. 327): „König Hákon kam in bezug auf die Lohnzahlung (fyrir malagjöfum) mit seinem Gefolge in der Weise überein, daß er geben sollte 1 Mark reinen Silbers einem jeden hirðmaðr[5]), 1/2 Mark den gestir[6]), kertissveinar[7]), skutilsveinar[8]) und seinen anderen Dienstmannen“.

In der Hirdskrá[9]) findet sich keine Bestimmung in bezug auf die Höhe des máli der eben genannten Kategorien von Gefolgsleuten. Erwähnt ist der máli in K. 21, wo es ge-

---

[1]) Ksp. K. 25.

[2]) K. Maurer in Krit. Überschau, Bd. II, S. 400.

[3]) Ksp. K. 25.

[4]) Fornmanna Sögur, Bd. IX.

[5]) Die hirðmenn bildeten die eigentliche Leibwache und das Gefolge des Königs im engeren Sinne.

[6]) Die gestir hatten die Außenwachen zu besorgen, im Kriege Kundschafterdienste zu verrichten und auch sonst Aufträge des Königs im Lande auszuführen, waren also eine Art missi regii.

[7]) Die kertissveinar standen bei festlichen Gelegenheiten vor der königlichen Tafel mit brennenden Kerzen, daher der Name. Sie waren Jünglinge von vornehmer Abkunft, die sich in höfischer Sitte ausbildeten und Pagendienste aller Art verrichteten.

[8]) Die skutilsveinar, wörtlich Schüsseljunker, besorgten den Dienst bei der königlichen Tafel; zwei von ihnen hatten jede Woche die unmittelbare Wache beim König zu halten, auch hatten sie die anderen Gefolgsleute zur Dienstleistung zu entbieten.
(Munch, Det norske folks Historie, II, S. 440, IV, 1, S. 602; Keyser, Norges Stats og Retsforfatning i Middelalderen, S. 78 f.).

[9]) Die von König Magnus Lagab. erlassene Ordnung für das königliche Gefolge. Norges gamle Love, Bd. II, S. 387—450.

Digitized by Google

legentlich der Entlohnung der Hirdpriester[1]) heißt: „Aber das ist die alte Sitte und der alte Brauch der Birkebeiner, von ihrem Lohne (af mála sinum) ein Zehntel wegzunehmen — es gilt dies sowohl für die hirdmenn als auch für die gestir — und es in drei Teile zu teilen, den einen Teil erhalten die Bischöfe als Entgelt für die den Königsmannen gewährte Bestattung, den zweiten Teil die Priester für ihre Verrichtungen, den dritten Teil das Hospital zu Varna". Über die Entlohnung des stallari (entsprechend dem deutschen Marschall) sagt eine Verordnung K. Hákons, daß jener als Lohn 15 Mark baren Geldes erhalten solle, wenn er auch gerade mit keinem Geschäfte für den König beauftragt sei. — Diese Bestimmung findet sich noch nicht in K. 22 der Hirdskrá, das über den stallari handelt, und der Beisatz „wenn es auch nicht so angeordnet war in der älteren Hirdskrá" hebt ihren Charakter als den einer Neuerung noch besonders hervor. Außerdem hat der stallari zwei Kleider aus grauem Pelzwerk zum Julfeste zu erhalten[2]).

Einen ganz anderen Charakter hat die Entlohnung des Kanzlers, von der Hirdskrá K. 21 handelt. Hier ist von einer Bezahlung mit barem Gelde seitens des Königs überhaupt nicht die Rede; abgesehen von den ihm zugewiesenen Dienstgütern von 10 bzw. 5 Mark Ertrag ist er auf Sporteln angewiesen, die ihm für die von ihm ausgefertigten Urkunden gebühren: „Der Kanzler soll haben zuvörderst zum Dienstgut (i veizlu) ein Anwesen von 10 Mark (sc. Ertrag) für die Briefe aller der Leute, die ihrer bedürfen zu verschiedenen Gerechtigkeiten nach den Gesetzen. Dazu soll er haben ein Anwesen von 5 Mark, außer demjenigen, was er nimmt für die Briefe, welche ausgelöst werden (= wofür man Gebühren zahlt), so viel für einen jeden, als im Buch der Briefe bezeugt wird." [3])

[1]) Die Hirdpriester hatten die gottesdienstlichen Handlungen für den König und seine Mannen vorzunehmen.

[2]) Hirdskrá K. 47.

[3]) Übersetzung nach Amira, „Investitur des Kanzlers", Mitt. d. Instit. f. öst. Geschichtsforsch., Bd. XI, S. 525.

Digitized by Google

Die auch sonst höchst wichtige Verordnung König Hákon Magnussons vom 17. Juni 1308, welche die Aufhebung der Jarls- und Lendrmaðr-Würden statuiert[1]), überträgt dem Kanzler (cancellarius) Sira Ivar Olafsson das mindere Siegel mit 15 Mark Einkünften (med XV marka rentu). — Dieselbe Verordnung setzt auch einen förmlichen Tarif für die dem Kanzler für die Ausfertigung von Urkunden zukommenden Gebühren fest. So erhält der Kanzler für einen sýslubréf (schriftliche Vollmacht für den sýslumaðr)[2]) 3 Eyrir (à 1/8 Mark) für jede Schiffsreede, sein Notar aber 1 Örtug (= 1/3 Eyrir), für einen großen varnadarbréf (königlichen Schutzbrief) 1 Mark, sein Notar 1 Eyrir, für einen kleinen Schutzbrief 1/2 Mark, sein Schreiber 1/2 Eyrir; für einen landsvistarbréf (Urkunde, durch welche der König, einem, der einen Totschlag begangen hat, den Aufenthalt im Lande gestattet) der Kanzler höchstens 1 Mark, der Schreiber 1 Eyrir; verhältnismäßig weniger aber, wenn das in der Urkunde festgesetzte Friedensgeld (fridkaup) oder þegn-Geld einen geringeren Betrag ausmacht, für einen gridabréf der Kanzler 2 Eyrir, der Schreiber 1/2 Eyrir usw. — „Diese bedeutenden Sporteln machten das Amt des Kanzlers zu einem höchst einträglichen. Erstlich hatte er seinen Gehalt von 15 Mark, der ihm vermutlich als Ertrag von bestimmten Gütern zugewiesen war; dies dürfte ungefähr dem Werte nach 1500 Speziestalern entsprechen; enthielt nun z. B. ein Bezirk (sysla) 5 Schiffsreeden, so machte dies schon für einen sýslubréf 15 Eyrir oder über 150 Speziestaler aus.“[3])

Eine Verordnung K. Hákon V. Magnussons vom 7. April 1320[4]) bestimmt, daß der Propst der königlichen Marienkapelle zu Oslo zugleich Kanzler der Krone sein solle, „mit allen Rechten, die dieser Würde früher zugekommen

[1]) Norges gamle Love, Bd. III, S. 79.

[2]) Königlicher Beamter, der in seinem Amtsbezirke (sýsla) den König repräsentierte (vgl. Munch a. a. O., IV, 1, S. 613).

[3]) Munch, a. a. O. IV, 2, S. 487, Anm. 3.

[4]) Diplom. Norvag., I, S. 141, No. 161.

Digitized by Google

sind oder jetzt zukommen. Dazu geben wir ihm als Gehalt für seine Kanzlertätigkeit alle Einkünfte von Næsodden zu immerwährendem Eigen. Weil er sich aber oft in seiner Kirche aufhalten muß, möge von den Hird-Priestern derjenige, welcher dem Könige nach dem Rate des Kanzlers am geeignetsten erscheint, Vicecancellarius sein, und er möge dann, wenn der Kanzler (selbst) nicht beim Könige ist, als Gehalt haben ein Viertel der Siegelsporteln".

Die Auszahlung des máli erfolgte zu bestimmten Zeiten. „Und als der Termin (eindagi) kam für die Lohnzahlung", heißt es in der Saga Olafs des Heiligen [1]).

Als einen solchen Termin nennt Hskr. Magn. Erl. K. 10 = Fagrsk. 264 den Lichtmeßtag (kyndilsmessa): „Erlingr (skakki) verweilte zum Julfeste in Tunsberg, es zahlte aber der König den máli aus am Lichtmeßtage". Gewöhnlich wird jedoch das Julfest als Termin für die Auszahlung der Löhnung bezeichnet; so in Haralds Hardrada Saga [2]): „Aber als das Julfest gekommen war, da wurde den Mannen die Löhnung gegeben." Und in der Saga Hákonar Hákonarsonar heißt es [3]): „Und so kamen beide (König Hákon und Jarl Skule) überein, daß der Jarl die Grundsteuer und den Heereszins in ganz Vik einheben sollte und dann nach Norden fahren zum Julschmaus und zur Lohnverteilung (til jólaveizlur ok málagiptar)". — Auf die pünktliche Einhaltung des Zahlungstages wurde wohl geachtet. — Saga Hákonar Hákonarsonar berichtet an einer anderen Stelle [4]), daß König Hákon, als die versuchte Einhebung der Grundsteuer und des Heereszinses erfolglos bleibt, und daher der König zur Julzeit nicht über die zur Lohnzahlung nötigen Mittel verfügt, er sein Silbergeschirr zerbrechen läßt und auf diese Weise seine Mannen befriedigt; in derselben Saga [5]) heißt es,

[1]) Fornm. S. V, 278.
[2]) Fornm. S. VI, 43.
[3]) Fornm. S. IX, 276.
[4]) Fornm. S. IX, 482.
[5]) Fornm. S. X, 147.

Digitized by Google

daß König Hákon auf seinem Totenbette anordnet, man möge sein Tafelgeschirr abwägen lassen und den Erlös zur Bezahlung seiner Gefolgsmannen verwenden.

In der oben behandelten Verordnung des K. Hákon Magnússon vom 17. Juni 1308 werden auch wichtige Veränderungen in bezug auf die Auszahlung der Löhnung statuiert[1]). Früher wurde die Löhnung am Königshofe zum Julfeste ausgezahlt, bei welcher Gelegenheit auch die Verlesung der Hirðskrá erfolgte, der beizuwohnen die königlichen Dienstmannen verpflichtet waren. Jetzt werden die vier königlichen Schatzmeister (féhirðir) in Nidarós, Björgvin, Túnsberg und Osló angewiesen, den Dienstmannen, das, was ihnen zukommt, auszuzahlen und die Verlesung der Hirðskrá vorzunehmen. Es wird nun unterschieden zwischen der gjöf (der Julgabe) und dem máli. Die gjöf erhalten nur diejenigen, die sich tatsächlich in der Umgebung des Königs aufhalten, während der máli auch denjenigen gegeben wird, die (mit Urlaub) zu Hause sitzen. „Der wirkliche Aufenthalt am Königshofe ist demnach jetzt noch weniger als früher eine wesentliche Voraussetzung für die Stellung im Dienstverbande[2])". Die gestir erhalten bloß den máli, die kertissveinar Tuch zu ihren Kleidern oder den Wert des Tuches.

Zu Eingang der Verordnung wird auch die Entlohnung des féhirðir (Schatzmeisters, thesaurarius) gestreift, indem die Ernennung des throndheimischen Geistlichen Sira Erlendr Styrkarssonr zum féhirðir mit 20 Mark Einkommen ausgesprochen wird. Dieser wichtige Posten kommt in der Hirðskrá nicht vor, obwohl er in den Sagas häufig erwähnt wird. — Munch[3]) ist der Ansicht, daß dieses Amt zur Zeit der Abfassung der Hirðskrá vielleicht noch nicht als ein festes

---

[1]) K. Maurer: Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte, Bd. I, Abt. 1, S. 203 f.

[2]) Munch: a. a. O. IV, 2, S. 483 ff. Norges gamle Love, Bd. III, S. 79.

[3]) Munch a. a. O., IV, 1, S. 614.

Digitized by Google

Amt errichtet war und seine Funktionen bald von diesem, bald von jenem Hofmann besorgt wurden, der zur persönlichen Umgebung des Königs gehörte und die Kasse mit sich führte. — Manchmal war die féhirzla einem der Hirð-Priester, dem königlichen Kaplan, übertragen [1]).

Männer, die dem Könige Mannschaft geleistet hatten, sich aber nicht ständig am Königshofe aufhielten, wurden mit Krongütern, bzw. deren Erträgnis ausgestattet, entsprechend dem fränkischen beneficium. Diese Übertragung hieß veizla (Verbalform veita), das in dieser Weise übertragene Grundstück veizlujörð (Gulaþ. L. 101, 264).

Die veizla unterscheidet sich vom lán oder lén ags. læn, mit dem immer eine gewisse Abgabenverpflichtung verbunden war, dadurch, daß sie eine einseitige Übertragung seitens des Königs ist, ein „munus regium“ [2]). In den Quellen werden vielfach die beiden Begriffe veizla und lén im Gegensatze angeführt. So Hsk. S. Olafs e. H. K. 123: „aber Hárekr i þjóttu hatte früher alle Bezirke in Halogaland gehabt, die einen at veizlu, die anderen at léni“.

Ursprünglich erstreckte sich diese Verleihung von Krongütern bloß auf die Mitglieder des alten Geburtsadels, „welche dem Könige Hulde getan haben und dafür von ihm mit Grund und Boden belehnt — seine Landherren (lendermenn) geworden sind [3])“. (Vom verbum lenda, jemanden in den Besitz von Land setzen [4]). Später wurden jedoch auch kleinere veizlur an hirðmenn ausgeteilt. Der Königsspiegel bespricht in seinem

---

[1]) Keyser a. a. O., S. 82.

[2]) K. Maurer, Krit. Vierteljahrsschrift N. F. XII., S. 199; Hertzberg: Lén og veizla i Norges sagatid; Germanist. Abhandl. zum 70. Geburtstag K. v. Maurers dargebracht, Göttingen 1893, S. 287—331.

[3]) Amira: Nordgerman. Obligat.-Recht, II, S. 27; Munch: Om de saakaldte „Lendirmenn i Norge“. En histor. Undersøgelse etc. Munch: Om Adelens Oprindelse in Saml. Afh. III, S. 444—533.

[4]) Fritzner, Ordbog over det gamle norske sprog II. S. 481.

Digitized by Google

Kap. 27 diese Kategorie von Gefolgsleuten folgendermaßen: „Noch gibt es eine Art der königlichen Dienstmannen (húskarlar konungs), welche Geld (fé) vom Könige in Gestalt von veizla (i veizlur) bekommen, die einen 12 Eyrir, aber andere 2 Mark, andere 3 Mark und noch mehr, je nachdem der König sieht, daß er von ihnen Beistand und Hilfe (afl ok traust) erhalten kann. Diese Männer nehmen nicht teil an der Tafel am königlichen Hofe (ero ecki bordfaster), sie befinden sich vielmehr draußen auf dem Lande, als eine Art (königlicher) Befehlshaber (stjórnarmenn); denn die einen von ihnen sind Söhne von lendermenn, andere sind wiederum so reiche Bauern, daß sie den lendermenn gleichgeachtet werden können. Diese königlichen Dienstmannen sind in gleicher Weise verpflichtet, dem König zu dienen wie die früher erwähnten (sc. hirdmenn und gestir), und zwar jeder in um so höherem Grade, als er dazu fähig ist (und demgemäß veizlur und Ehren vom Könige genießt [1]); und, wenn sie mißhandelt werden, gilt in bezug auf die dem König zukommenden Bußen dasselbe, was früher erwähnt worden ist [2])". In Fagrskinna 11 heißt es: „K. Haraldr hatte bei sich 60 hirdmenn . . . und zahllose andere, die ihm um veizla dienten (er þjónuðu at veizlum)." Sverrissaga c. 3 sagt von König Magnus (Erlingsson): „Er hatte um sich die angesehensten Männer in unserem Lande, die einen an seinem Hofe (með hirdinni), die anderen aber saßen auf seinen veizlur". Diese Kategorie von hirdmenn, welche ohne den Titel von lendermenn zu führen doch eine veizla erhalten haben, bezeichnet eine Verordnung K. Magnus Hákonssons aus dem Jahre 1273 [3]) als veizlumenn und stellt sie den lendermenn direkt gegenüber. Sie bestimmt, daß die lendermenn und veizlumenn in Kriegsfällen für je 15 Mark veizla auf drei Monate fünf Mann

[1]) Das Eingeklammerte fehlt in der Brennerschen Ausgabe d. K. sp.
[2]) Es ist das húskarlsgjöld und das þegngildi gemeint.
[3]) Hirdskrá K. 36.

Digitized by Google

für den Dienst des Königs halten sollten, oder einen Mann für je 3 Mark veizla, mit solchen Waffen ausgerüstet, wie sie für die hirdmenn, gestir oder kertissveinar vorgeschrieben waren. Die den lendermenn gebührende veizla wird in Hirdskrá K. 18 mit 15 Mark Ertrag bestimmt.

Die veizla bildete, wie Hertzberg[1]) hervorhebt, eine den ökonomischen Bedingungen der damaligen Zeit entsprechende Entlohnungsart; „die häufig wiederkehrenden Angaben 20, 15, 10 marka veizlur bedeuten die Höhe des entsprechenden Jahreslohnes, sie weisen aber auch gleichzeitig darauf hin, daß die regelmäßige Ausnutzung des veizla-Gutes seitens des Empfängers in der Weitervergebung an Pächter bestand. Die Berechnung des Grundwertes nach einem jährlichen Einkommen von Mark Silber steht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Grundverpachtungswesen (vgl. Hirdskrá c. 21: hafa i veizla 10 marka ból-Pachtzins)".

Als Korrelat für die Übertragung der veizla hatte der Empfänger die Verpflichtung, eine bestimmte Anzahl Krieger (húskarlar) zu unterhalten. Wie Heimskringla, Haralds saga ins hárfagra berichtet, hatten die hersir (frühere Bezeichnung für lendermenn) 20 Mark veizlur und sollten dafür zwanzig Mann unterhalten. — Hertzberg konstatiert nun durch Heranziehung einer Stelle Frostaþing-Lov V, 13, nach welcher die jährliche Unterhaltssumme für einen Unmündigen in älterer Zeit 5 Eyrir ausmachte, daß die eine Mark (= 8 Eyrir), welche die obige Stelle der Hsk. als Erhaltungskosten für einen erwachsenen Krieger annimmt, vollkommen den damaligen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht. Daß die Hirdskrá in K. 18 die veizla für den lendrmaðr mit 15 Mark festsetzt, im nächstfolgenden Kapitel 19 dagegen die Zahl der vom lendrmaðr zu haltenden húskarlar mit höchstens 40 bestimmt, bildet zu dem Obigen keinen Widerspruch. Erstlich war

[1]) Hertzberg a. a. O., S. 316—318.

Digitized by Google

der Silberwert auf das Doppelte gestiegen[1]), sodann aber setzt K. 19 die Anzahl von vierzig ausdrücklich als Maximalziffer fest, zu deren Überschreitung eine besondere Erlaubnis des Königs notwendig ist; endlich war durch den zunehmenden Grundbesitz der lendermenn-Geschlechter die Neigung gewachsen, im eigenen Interesse die Anzahl der húskarlar zu vermehren.

Im Falle eines Thronwechsels wurde eine neuerliche Übertragung der veizlur seitens des neuen Königs vorgenommen, wobei die lendermenn diesem den Treueid ablegen mußten, entsprechend dem Herrenfall des fränkischen Rechtes[2]). So erwidert (Hsk. Ol. Helg. K. 60) König Olaf dem Erlingr Skjálgsson, der die ihm von den Vorgängern Olafs übertragenen veizlur behalten möchte und in diesem Falle sich bereit erklärt, des Königs Mann und treuer Freund werden zu wollen, folgendermaßen: „Gern will ich es zulassen, daß du der erste lendrmaðr im Lande bleibst, aber ich will selbst über die veizlur verfügen und nicht zulassen, daß die lendermenn meinen, sie hätten vermöge ihrer Geburt auf mein Erbe Anspruch (en eigi láta, sem lendir menn sé ódalbornir til ættleifðar minnar), so daß der König ihre Dienste um den doppelten Preis erkaufen müßte.“ [3])

In einem anderen Falle gibt dagegen derselbe König Olaf dem Hárekr, der sich zu seinem lendrmaðr macht, dieselben veizlur, wie dieser sie von den früheren Herrschern gehabt hatte (Hsk. S. Ol. H. K. 105). — Die erneuerte Übertragung der veizlur beim Thronwechsel sank aber zu einer bloßen Formalität herab, und es wurde fast selbstverständlich, daß die lendermenn sie für die Dauer ihres Lebens behalten durften, soweit sie ihre Treupflicht dem Könige gegenüber erfüllten. — Ja selbst, wenn dies nicht der Fall war, ist es

---

[1]) Hertzberg, S. 318.
[2]) Brunner, Deutsche Rechtsgesch., II, S. 252.
[3]) Sars, Udsigt over den norske historie I, S. 284.

Digitized by Google

vollständig klar, daß die Verpflichtung, die sie als Entgelt für die Übertragung der veizlur übernommen hatten, sie instand setzte, die veizlur oft gegen den Willen des Königs behalten zu können. Die húskarlar, zu deren Haltung sie verpflichtet waren, und die nur ihnen, nicht dem König den Treueid abgelegt hatten, waren auch regelmäßig bereit, ihnen beizustehen, wenn der König mit bewaffneter Hand ihnen die veizlur zu nehmen versuchte [1]).

Die veizla ist de jure nicht erblich; doch kann man mit Munch annehmen, daß sich gewöhnlich nach dem Tode eines lendrmaðr sein ältester Sohn beim Könige einfand, um ihm Mannschaft zu leisten und sich die veizlur neuerdings übertragen zu lassen. Vgl. den Mannfall des fränkischen Rechtes (Brunner a. a. O.). Ausnahmsweise wird übrigens auch die Erblichkeit besonders statuiert, so in einer Urkunde des Herzogs Hákon Magnusson vom 22. Mai 1289 [2]) Herzog Hákon verleiht darin seinem gest Vidar und der Ragnhild, der Gattin des þorolfr ein Grundstück beim Brandgaard zu Oslo. Diese Vergabung, die ausdrücklich als eine „vœitslu gjöf" bezeichnet wird, soll sich auch auf die Erben der Empfänger beziehen (oc arfar þæira æptir þau komande). — Das als veizla verliehene Grundstück (veizlujorð) darf auch nicht veräußert werden. Gulaþ. L. 264 erklären, daß ein Mann, der sein veizlujorð verkauft, sich durch diese Handlung des Diebstahls schuldig macht, der Käufer aber nicht.

Eine weitere Einnahmsquelle war für den norwegischen Gefolgsmann der ihm zukommende Anteil an der Kriegsbeute. Während in der älteren germanischen Zeit die Kriegsbeute ausschließlich dem Gefolgsherrn zufiel [4]), wurde bei der norwegischen Gefolgschaft später eine Teilung der Beute vor-

[1]) Munch: Om Adelens Oprindelse, S. 444—553).
[2]) Dipl. Norvag. II, S. 24, Nr. 25.
[3]) Norges gamle Love I, S. 85.
[4]) Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, S. 26, 34; vgl. auch Brunner a. a. O., II, S. 126.

Digitized by Google

genommen. „Jeder Gefolgsmann war verpflichtet, das von ihm Erbeutete (herfang) zur Teilung mit seinen Genossen und dem Herrn zu bringen (bera til skiptis[1]). — Die Bestimmung der Hirdskrá (38), welche die Beuteteilung regelt, stammt offenbar aus K. Sverres Zeit, worauf auch die Erwähnung der „alten Sitte der Birkebeiner[2])“ hindeutet. Sverre verfolgte mit dieser und anderen ähnlichen Vorschriften offenbar die Absicht, seine Anhänger aus einer wilden Räuberhorde in ein anständiges Kriegsvolk zu verwandeln“[3]). Die Stelle der Hirdskrá lautet folgendermaßen: „Nun soll davon gesprochen werden, wie man die Beute verteilen soll im Kriege nach der Schlacht, wenn Gott Sieg und Gut verleiht. Das ist eine alte Sitte der Birkebeiner, von der ganzen Kriegsbeute den Zehent vorwegzunehmen und nichts davon zu verbergen. Zuerst soll man blasen zum Hausthing (= Gefolgschaftsversammlung) dorthin, wo es gut dünkt. Der merkismadr (Bannerträger) soll dorthin das Banner des Königs bringen, dann soll er einen Platz so weit einhegen, als es ihm gut dünkt, und das Banner aufrichten in der Mitte des Platzes. Das ist die alte Formel: ‚Was bringst du zur Stange?‘ Alle Männer sollen zur Stange bringen das, was dazu geeignet ist von der Beute, und jeder einen Eid schwören, daß er nichts davon verborgen hat und auch niemanden weiß, der etwas davon verborgen hat. Diejenigen zwölf Männer, die der König zur Vornahme der Teilung ernennt, die sollen teilen auf folgende Art: Sobald alles zusammengekommen ist, soll man zuerst die Beute in Hälften teilen, dann aber in Viertel, dann sollen die zwölf Männer (wiederum) jedes Viertel der

---

[1]) Amira: Nordgerman. Oblig.-Recht, II, S. 735.

[2]) Der Name Birkebeiner wird ursprünglich den Anhängern des Prätendenten Eystein Meyla beigelegt, deren Kleider zerrissen waren, und die deshalb ihre Beine in Birkenrinde hüllten. Später werden die Anhänger Sverres so bezeichnet. Sars a. a. O., II, S. 119; Dahlmann, Gesch. von Dännemark, II, S. 150.

[3]) Munch: Norske Folks Hist., IV, 1, S. 608.

Digitized by Google

Beute in Hälften teilen. Aber der Befehlshaber und die Gefolgschaftshauptleute (stýrimaðr oc hirðstiórar), die der König dazu ernennt, sollen alle Abteilungen zuerst in Hälften und sodann in Viertel teilen. Dann soll man in den Schoß Lose legen von jedem Viertel (d. h. Lose, die sich auf ein jedes Viertel beziehen). — Es soll sein Los zuerst derjenige wählen, der zuerst herkommt und so weiter, je nachdem das Los fällt (eftir lutfalle). Aber sodann werden alle Lose nach der Männerzahl verteilt. Wenn es sich ereignet, daß die Feinde des Königs seine Landesverteidigungsmittel (landvarner), Schiffe oder Wertgegenstände wegnehmen und der König gewinnt sie im Kampfe oder sonstwie zurück, da erhalte der König sein Schiff und seine sonstigen Wertgegenstände zurück, aber alle anderen Schiffe und Schätze kommen nach rechtem Losfalle zum Anteile der Mannen (at mantale). Dem Könige steht zunächst die Wiedereinlösung aller Verteidigungsmittel des Landes zu; ihm soll man auch zuerst anbieten alle Kostbarkeiten, die zur Feilbietung kommen, für den Fall, daß er sie um den vollen Preis kaufen will; im anderen Falle können die Besitzer sie an jeden, den sie wollen, veräußern. Das ist rechte Gefolgsmannssitte, keine Gefallenen mehr auszuplündern als bis auf Hemd und Hose; doch ist es erlaubt, Silber zu nehmen, wenn solches (etwa) darin (verborgen) ist. Aber derjenige, der einen Leichnam mehr plündert als hier gestattet ist, der büße dies, wenn er ein hirðmaðr ist, mit 1 Mark, ein gestr aber mit ½ Mark, ein Krieger aus dem allgemeinen Aufgebote (leiðangrs maðr) mit 2 Eyrir. — Wenn aber ein Knappe (knape) oder ein Junge (svein) mehr plündert, als hier gestattet ist, büße er es mit seiner Haut; die Buße aber gebe man den Armen. — Wenn es sich nun so fügt, daß der König und seine Mannen das Heer nach zwei Seiten hin teilen: die eine Abteilung, um Wache zu halten, die andere aber für die Feldschlacht; ebenso wenn die Einteilung so getroffen wird, daß ein Teil der Mannschaft die Schiffe verläßt und in den Kampf zieht, ein anderer Teil aber

Digitized by Google

zurückbleibt, um die Schiffe und die Besatzung zu behüten, dann sollen diese (letzteren) einen ebenso großen Beuteanteil erhalten als diejenigen, welche in der Feldschlacht sowohl Sieg wie Gut gewinnen."

Für die Mitglieder der königlichen Gefolgschaft bestand eine wohlorganisierte Invaliden-, Kranken- und Altersversorgung, deren Kosten vom Könige und von den Gefolgsleuten getragen wurden. Wie schon früher (S. 65) erwähnt worden ist, floß der dritte Teil des Zehents, den die Gefolgsleute von ihrem Lohn entrichten mußten, dem Johanniterhospital in Varna zu [1]). — Eine Verordnung des Königs Magnus (Hirðskrá 53) bestimmt ausdrücklich, daß der König verpflichtet ist, einem Gefolgsmann, der um des Königs willen zum Krüppel wird oder Sprache, Verstand oder Gedächtnis verliert, so daß er nicht mehr in der Lage ist, Kriegsdienste zu leisten, ein Heim zu schaffen, damit er nicht anderen zur Last falle. — Wenn ein Gefolgsmann ferner alters- oder krankheitshalber hilflos wird, so soll der König und seine Genossen ihm zum Eintritte in das Kloster verhelfen (hialpa . . . til klaustrs). — Eine halbe Pfründe steuert der König, die andere Hälfte aber seine Genossen bei. — Auch in bezug auf die Auslösung eines Gefolgsmannes aus der Kriegsgefangenschaft ist Vorsorge getroffen. „Wenn ein Genosse gefangen ist im heidnischen oder christlichen Lande und ein anderer Genosse dorthin kommt, so soll dieser ihn auslösen, soweit seine Mittel es erlauben. Kommt der Befreite dann heim, so soll er seinem Befreier das Lösegeld zurückerstatten. Ist er aber mittellos, dann zahlt der König für ihn die eine Hälfte, die andere aber seine Genossen. Derjenige aber, der seinen Genossen nicht aus der Gefangenschaft lösen will, ist aus der Gefolgschaft ausgeschlossen (þa er hann or logunæyti). — Wenn einer sich zum hirðmaðr macht, hat er 1 Eyrir Silbers zur Gefolgspfründe (til hirðmanna prouendu) zu zahlen für

[1]) Munch, N. F. H., IV, 1, S. 609.

Digitized by Google

Seelenmessen, eine zweite aber für seine bedürftigen Genossen, um ihnen die Aufnahme ins Kloster zu ermöglichen. Die gestir und kertissveinar haben in demselben Fall bloß 1/2 Eyrir zu entrichten. —

Die schon vielfach zitierte Verordnung K. Hákon Magnussons vom 17. Juni 1308 enthält endlich auch die Widmung von 240 Mark Sterling (CC. marka brendar vegnir i enskam penningum) für den Kauf von Grundstücken und für das Inventar eines Hospitals für arme und gebrechliche Mitglieder der Gefolgschaft. Den Kauf sollen zwei vom König ernannte Geistliche im Verein mit zwei von der hirð in ihrer Versammlung gewählten Männern abschließen. Für diesen Zweck soll in der Zukunft jeder, der Ritter (riddari) wird, 3 alte Mark beisteuern, jeder neue hirðmaðr und herbergissveinn (etwa Aufwärter höherer Kategorie) 2 Mark, die gestir, kertissveinar, borðsveinar (etwa Aufwärter niederer Kategorie) je 1 Mark; jeder andere aber kann nach seinem Gutdünken spenden[1]).

[1]) Munch, N. F. H., IV, 2, S. 488.

Digitized by Google

ZUR GESCHICHTE
DES
FRÄNKISCHEN EIDGANGES.

VON
EMIL GOLDMANN.

Digitized by Google

Der in der lex Ribuaria (67,5) erwähnte Eid „in circulo et in collore“ oder, wie es in den Texten der B-Klasse heißt, „in circulo et in hasla, hoc est in ramo“, den manche Autoren als einen im umhaselten Gerichtsring abzuleistenden Eid erklärten [1]), wurde von Brunner [2]) als ein Eid auf „Eidring und Haselstab“ gedeutet, welchem Erklärungsversuch Weinhold [3]) beitrat. Diese bestechende Hypothese Brunners [4]) erweist sich bei eingehender Überprüfung als nicht haltbar. Dies darzutun, ist der Zweck der folgenden Zeilen [5]).

Brunner geht davon aus, daß der Ausdruck „in hasla“, „in collore“ auf einen „Haselstab“ ziele; die Ansicht, daß bei dem Worte an einen umhaselten Kreis gedacht worden sei, lasse sich mit dem Beisatz „hoc est in ramo“ kaum vereinigen [6]). Es sei somit die hasla aufzufassen als der Stab, den der

---

[1]) Siehe Maßmann, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 1829, 284; Cosack, Eidhelfer des Beklagten, S. 60; Grimm, RA, 2, 434; Weinhold, BSB. 29, 552 f.; Schroeder, R. G., 42^{10}.

[2]) R. G. II, 429 f.

[3]) Zschr. d. Ver. f. Volksk., 1901, S. 4.

[4]) Die Gleichsetzung des Wortes hasla mit „Haselstab, Eidstab“ hatten bereits früher vorgeschlagen: Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, § 618; Arndt, Rheinisches Museum f. Philol. 1828, 2, 248; Siegel, Gesch. d. d. Gerichtsverfahrens, 1, 227.

[5]) Ich schulde Herrn Prof. v. Amira, der die Güte hatte, die vorliegende Untersuchung im Juni 1904 einer eingehenden Überprüfung zu unterziehen, mannigfachen Dank für die reiche Belehrung, die er mir damals bei der Besprechung meiner Ausführungen zuteil werden ließ. Ich glaubte, diesen Dank am besten dadurch abtragen zu können, daß ich diese Arbeit für die vorliegende Festgabe auswählte. — Auch Herr Prof. H. Brunner in Berlin stand mir mit einigen wertvollen Ratschlägen zur Seite, für die ich ihm an dieser Stelle meinen Dank sage.

[6]) So schon Walter, a. a. O.

Digitized by Google

Gegner des Schwörenden beim Staben des Eides in der Hand hielt und den der Schwörende antasten mußte. Beim circulus sei aber nicht an einen in die Erde geritzten Kreis (v. Amira), sondern an den Eidring zu denken. Das „in" der Wendung „in circulo" sei zu vergleichen dem „in" in den Fügungen „jurare in vestimento, in reliquiis, in sanctis, in altare, in manu liti, proximi, episcopi, in euangelio, in armilla, in cruce consecrata, in armis"; es könne also circulus, für das Brunner die Bedeutung „Ring, Reif" belegt, sehr gut auch ein Objekt, auf das der Eid geleistet wurde, bezeichnen[1]. Schließlich gehe es, wenn der Eid in ramo, in hasla ein Eid auf den Haselstab sei, nicht an, bei dem vorausgehenden „in circlo" das „in" örtlich zu fassen.

Wir sehen: das Hauptargument Brunners ruht auf dem „hoc est in ramo", das nach ihm gleich ist: „auf der Haselrute, auf dem Haselstab". Dieses Argument ist nun aber keineswegs zwingender Natur. In eben der nämlichen lex Ribuaria, c. 15 heißt es: „si quis ingenuus ingenuum Ribuarium interficerit, et eum cum ramo[2]) aut callis vel in putio seu in aqua quocumque libet loco celare voluerit . . ." In dieser Bestimmung bedeutet „cum ramo" natürlich so viel wie „mit Zweigen"; man vergleiche zum Überfluß noch L. Sal. 41: si vero eum in poteum aut sub aqua miserit aut de rammis aut de quibuslibet rebus celaturus texerit . . .[3])".

[1]) Einen neuen Beleg für circulus = „Ring, Reif" bietet die gegen 1200 und vielleicht durch Transmundus von Clairvaux abgefaßte Geschichte des Rudolf von Schlüsselberg, herausgeg. v. Schönbach, Sitz.-Ber. d. Wiener Akad., phil.-hist. Kl. 145. Bd., S. 8fg., wo es heißt: cognovit hunc miles ex gestatione circuli regem fore. Vgl. ferner noch Schönbach, Beitr. z. Erklär. altdeutscher Dichtwerke, Wiener Sitz.-Ber. phil.-hist. Kl. 145. Bd. IX. Stück, S. 3; zum Ring als Zaubergerät s. noch: Fraenkel, Shakespeare und das Tagelied, 87[2], derselbe, Zschr. d. Ver. f. Volksk., Jg. 1895, S. 270, Anm. 4.

[2]) „cum ramo" übereinstimmend in den Texten der A- und B-Klasse.

[3]) Siehe Lex Salica, ed. Hessels, cod. 1; cod. 3 hat de hallis aut de rama, cod. 4: de callis aut de rama, cod. 5: ramis aut de allis, cod. 6

Digitized by Google

Die Argumentation Brunners reicht sonach für sich allein nicht hin, seine Deutung des Eides in circulo et in collore zu stützen; dieser Deutung könnte vielmehr ein gewisser innerer Wert nur dann beigemessen werden, wenn es gelänge, den Gebrauch des Eidringes bei den Franken darzutun. In der Tat hat denn auch Brunner behauptet, daß sich Spuren vom Gebrauche des Eidringes bei den Franken fänden; aber auch diese Ansicht hält, wie ich in den folgenden Ausführungen zeigen zu können vermeine, einer näheren Überprüfung nicht stand.

Brunner beruft sich vor allem darauf, daß schon Müllenhoff[1]) aus dem Personennamen Eidring in einer Lorscher Urkunde vom Jahre 854 gefolgert habe, daß der Eidring wie im Norden einst auch in Deutschland in Gebrauch gewesen sei. Die Argumentation Müllenhoffs wirkt ungemein bestechend. Nichtsdestoweniger meine ich doch, daß diesem Namen für unsere Frage ein selbständiger Beweiswert nicht beigemessen werden kann.

Wenn man den Namen Eidring bei Förstemann[2]) nachschlägt, so findet man die kurze, unbegründet angeführte Bemerkung: „Die Deutung des Namens durch Müllenhoff ist... unglaubwürdig". Ich will es versuchen, im nachstehenden die Gründe anzuführen, die Förstemann, der allerdings nicht auf der Höhe der Anforderungen der modernen deutschen Philologie steht, zu diesem scharf ablehnenden Urteil[3]) geführt haben mögen. Der Name erscheint bei Förstemann unter der Gruppe AID, von der er mit Recht bemerkt, daß das, was er hier unter dieser Gruppe vereine, einer kaum aus-

---

de ramos aut de aliis, cod. 7, 8: de allis aut de ramis, cod. 9: rames, cod. 10: hallis aut de rama, l. em.: de ramis vel de hallis.

[1]) Zschr. f. deutsch. Altert., 17, 428.

[2]) Altdeutsches Namenbuch, 1^2, 47.

[3]) Vgl. hierzu die Bemerkungen Ed. Schröders, GGA. 1900, 788^1; aus diesen Bemerkungen läßt sich schließen, daß E. Schroeder die Deutung, die Müllenhoff dem Namen „Eidring" gibt, akzeptiert.

Digitized by Google

führbaren Scheidung zwischen ahd. eit, ags. âd = ignis und got. aiths, ahd. eid, alts. êd = jusjurandum bedürfe; bei beiden Ausdrücken lasse sich ihre Verwendung als Namenwörter erklären [1]). Es ist sonach sehr leicht möglich, daß unser Eidring von ahd. eit = „ignis" abzuleiten ist, welche Möglichkeit sich noch verstärkt, wenn wir bedenken, daß Eigennamen, von einem Ausdruck für „Feuer" abgeleitet, bei indogermanischen Völkern nicht selten anzutreffen sind [2]). Man darf hiegegen nicht einwenden, daß eit der Behauptung mancher Autoren zufolge [3]) nicht „ignis" schlechthin, sondern „ignis rogi" bedeute. Hier sind eben die Hilfsmittel, die diesen Autoren zur Verfügung standen, nicht immer ganz zuverlässig gewesen, wie aitouen = fornax, aitstein = „Bernstein" [4]) beweist [5]). Es könnte sonach unser „Eidring" auch „Feuerkreis", „Feuerring" bedeuten [6]). Aber auch die Deutung des Namens

[1]) Mit „eid" zusammengesetzte Namen können auch mit dem Worte heit zusammenhängen, vgl. Bruckner, Sprache der Langobarden, S. 75; Much, GGA. 1896, S. 897.

[2]) Für die Kelten vgl. Förstemann, 46; ferner Zimmer, Zschr. f. vgl. Sprachf., 1893, 175: Aedgal, Aedgen, Aedluch, 180: Aidanus von aed = „Feuer"; für die Römer vgl. den merkwürdigen Namen L. Volumnius Flamma violens (Grimm, Von Vertretung männlicher durch weibliche Namenformen, B. Abh. 1858, 44, 49), für die Griechen A. Fick, Die griechischen Personennamen[2] 1894, 47, 378; für die östlichen Indogermanen Hübschmann, Armenische Gramm., S. 23, Horn, Zschr. d. deutschen morgenl. Ges. 44, 654 fg., Justi F., Iranisches Namenbuch, S. 486.

[3]) Vgl. z. B. Grimm, Vom Verbrennen der Leichen, 229.

[4]) Siehe Schmeller, I, 172.

[5]) Siehe ferner Müller-Ben. s. v. eit, Bruckner, Sprache der Langobarden, S. 75 usw.

[6]) Ein höchstwahrscheinlich von germ. aida- = rogus, ignis abzuleitender Name ist nach Muchs wohl zutreffender Vermutung (GGA. 1896, 897) der aisl. Pferdename Eid-faxi, Landnama III c. 8, der „Feuermähne" bedeutet; vgl. über diesen Namen auch Kahle, Altwestnordische Namenstudien, Indog. Forsch. 14, 157, der das Wort mit eiþ n. = „Land, das man benutzt, um seine Reise fortzusetzen, wenn die Reise zu Wasser in einem Fahrzeug oder auf dem Eise durch ein Naturhindernis abgebrochen wird", zusammenstellt. Ich halte die von Much vorgeschlagene Deutung für weitaus einleuchtender.

Digitized by Google

als „Feuerschwert", die noch viel plausibler wäre, liegt keineswegs außer dem Bereiche der Möglichkeit. Ich erinnere hier nur an den in der þiþrekssaga erwähnten Schwertnamen Naglhringr[1]). Es ist das Schwert Heimes „Nagelring", benannt von den mit Nägeln angenieteten Ring am Schwertgriff[2]). „Adelring" heißt in den dänischen Liedern das Schwert Siegfrieds[3]). Ja nach Snorra Edda I, 566 war schon das einfache hringr ein Wort für Schwert[4]). Endlich ist zu bedenken, daß der Name Eidring möglicherweise — und dies ist wegen der großen inneren Wahrscheinlichkeit m e i n Deutungsvorschlag — auf einem Stamme aidr- beruht, so daß -ing als patronymische Endung[5]) aufzufassen wäre[6]). Diese Vermutung legt der Ortsname Eitrungesbach[7]) und Eitrungfeld[8]) so überaus nahe. Eitrungesbach und Eitrungfeld sind zusammengesetzt mit dem Eigennamen Eitrung, der seine

[1]) Kahle, Altwestnordische Namenstudien, Indog. Forsch. 14, 222.

[2]) Siehe Biterolf 12291, Heinrich v. Veldeke Aeneide 160, 22fg.

[3]) Siehe Kahle 222, Wackernagel, Germania 41 136.

[4]) Wackernagel, a. a. O.

[5]) Auf -ring endigende Namenformen, in denen das patronymische -ing steckt, sind sehr häufig; vgl. Almêring von Almêr: Panzer, Beiträge zur deutschen Mythologie 1, 369, Zschr. f. deutsche Philol. 3, 436; s. ferner die Ortsnamen: Schönering, Uhring (!), Lindring, Enkering, Raigering, Wolkering, Palkering, Schlammering, Ziehring, Silbering usw.; vgl. Vierling, Verteilung der ing-Orte in der Oberpfalz usw. in d. Beitr. z. Anthr. u. Urgesch. Bayerns 1904, S. 171—174; Binder, ebend., Jg. 1905; s. ferner Eilering bei Jellinghaus, Anglia XX, S. 297; Thüring von Hallwyl bei Rochholz, Schweizer Sagen aus dem Aargau, II. Bd., S. 357. Wie nahe läge es, bei Wolkering, Lindring, Silbering an Ableitung von „Ring" zu denken, und wie falsch wäre diese Ableitung! Die Nutzanwendung für unser „Eidring" liegt sehr nahe.

[6]) Herr Prof. Rudolf Much hat mir liebenswürdigerweise die Erlaubnis erteilt, an dieser Stelle mitteilen zu dürfen, daß er den Namen Eidring in ähnlicher Weise wie ich deuten möchte; er sieht in diesem eidr- eine Weiterbildung der germ. Wurzel aida- = „ignis"; s. ähnliche Weiterbildungen des Stammes im lit. aitrùs = „brennend" (Bezzenbergers Beiträge 23. Bd. S. 68fg. „im gr. *αἰθρη* (Bezzenb. Beitr. 18, S. 35).

[7]) a. 804 bei Förstemann II, 38, also der g l e i c h e n Z e i t w i e Eidring a n g e h ö r e n d, Gegend von F u l d a.

[8]) Förstemann, a. a. O.

Digitized by Google

Entstehung aus eitr + ung auf der Stirne geschrieben trägt. „ung" ist ein patronymisches Suffix wie „ing", siehe Nibelungen, Iuthungen usw.[1]). Dazu kommt, daß sich Eiter als Eigenname nachweisen läßt[2]). Eine gewisse innere Wahrscheinlichkeit könnte man der Deutung Müllenhoffs, die formell natürlich ganz einwandfrei ist, nur dann zusprechen, wenn sich aus anderen Zeugnissen der Gebrauch des Eidringes bei den Franken nachweisen ließe. Dies ist aber, wie wir bisher gesehen haben und noch weiter sehen werden, keineswegs der Fall.

Ein Überrest der Sitte, Eide auf einen Eidring abzuleisten, scheint nach Brunner auch in dem fränkischen Brauche vorzuliegen, Eide auf den Ring abzulegen, der als Griff der Kirchentür diente. Brunner beruft sich darauf, daß es in den Acta SS. Juli VII 265[3]) heiße[4]), daß, wenn jemand saltem in armilla januae jusjurandum explere praesumpserit, als Strafe des Meineides die Vergeltung nicht ausbleibe. Es erscheint mir nicht unbedenklich, diesen fränkischen Brauch mit dem bislang nur bei Nordgermanen und Goten nachgewiesenen Ritus des Eidringschwures[5]) in Verbindung zu bringen. Wie der ganze Zusammenhang der Stelle lehrt — ex argumento „saltem", — handelt es sich wohl um einen Eid, der aus dem Grunde an der Kirchentür geschworen wird,

---

[1]) Siehe Socin, Mittelhochd. Namenb. 185**.

[2]) Vgl. Eitar, Mon. Germ. libri confr. III, 8, Eiter bei Grimm, Weistümer III, 880, Eiterfeld, III, 380, 383, 385, 878f. Eider, Socin, Mittelhochdeutsches Namenbuch, 473, ferner den vielleicht germ. Flußnamen Eiderbach (Aiterbach als Ortsname: Österreichische Urbare, I/1 Register s. v.) usw.; s. Archiv für das Studium d. neueren Sprachen, 63, 364 über Aiterbach usw. Gehört hierher auch der Ortsname Eiterding bei Vierling, Beiträge z. Anthr. und Urgesch. Bayerns 1904, S. 167, 3. Spalte, Nr. 21?

[3]) Die Stelle steht in den Miracula d. heiligen Germanus v. Auxerre

[4]) Das vollständige Zitat bei Ducange, s. v. jurare in armilla januae.

[5]) Auch die Perser sollen Eidringe verwendet haben; doch ist dies, m. E. mit Recht, sehr bestritten; vgl. Globus 13, 329f., 14, 176f. M. Dieulafoy, L'art antique de la Perse etc., cinq. p. 113f.

Digitized by Google

weil die Kirchentür versperrt und der Zutritt zu den heiligen Reliquien behindert ist[1]). Da wir uns die Kirche als verschlossen zu denken haben und der Eid doch wenigstens irgendwie auf einen geheiligten Gegenstand abgelegt werden mußte, so wählte man, da ein anderes Objekt nicht zur Verfügung stand, den Ring an der Kirchentür als das nächstliegende und auffallendste Symbol, da er, wie der Ring an der Haustür das Haus, die Kirche geradezu symbolisierte. Nichts zwingt uns anzunehmen, daß bei diesem Brauche irgendeine Erinnerung an den alten Ringeid nachgewirkt habe; denn die Bemerkung E. H. Meyers, German. Mythol., S. 194: „Eidring . . ., der aber auch an der Tür hing", ist, wie eine Durchsicht der Angaben K. Maurers, Bekehrung d. norw. Stammes z. Chr., II, 190[4], 191, 192, 221 fg. lehrt, nicht richtig. Das Symbol drängte sich gewissermaßen von selbst auf. Daher konnte auch[2]) ein Judeneid auf den Ring der Synagogentür abgelegt werden[3]). Es läßt sich kaum annehmen, daß der jüdische Ritus hier den christlichen Brauch sklavisch kopiert habe, da doch die Juden des Mittelalters bekanntermaßen strenge darauf hielten, daß kirchliche Bräuche bei ihnen keinen Eingang fanden. Man wird sich vorzustellen haben, daß auch hier der Eid auf den Türring dann erfolgte, wenn das Gotteshaus geschlossen war. Die gleiche Ursache führte zur gleichen Wirkung. Überhaupt wird man gut tun, den Brauch, Eide auf den Ring der Kirchentür abzulegen, nicht für sich gesondert zu betrachten, wodurch man eben Gefahr läuft, eine Irrfahrt ins Nordgermanische zu unternehmen, sondern ihn im Zusammenhang mit anderen Bräuchen,

---

[1]) Vgl. die ähnliche Interpretation der Stelle bei Du Cange s. v. jurare in armilla januae u. bei Grimm, RA. 1, 243.

[2]) Ich verdanke den Hinweis auf diesen Judeneid Herrn Prof. v. Amira.

[3]) Federzeichnung zu Weichbild XXXIII von Juden in der Liegnitzer Hs. (Petropaulin. Bibl. 2) II fol. 127a.

Digitized by Google

bei denen der Kirchring[1]) eine Rolle spielt, zu untersuchen[2]). Dann wird man vor dieser Gefahr bewahrt. Man halte sich folgende Urkundenstellen vor Augen: zu dem male nam sie den ringk an der kirchen daselbis und ringelte und schottelte den dry stont zu eyme urkunde, das sie do were umb des willen, das sie ire lehen umbe yn entphangen hette[3]); ferner „er wolde an den ringk gein an des münsters türe und den rüddeln und die lehen da empfahen . . .“[4]). Wird man hier auch den nordgermanischen Eidring zur Erklärung heranziehen können, wo doch die Herkunft dieses Brauches klar zutage liegt[5])? Wird man in die Ferne der nordischen Vorzeit schweifen müssen, um die Stelle des Schwabenspiegels 281, 5 zu erläutern: enmac daz mensche nicht in die kirche komen und vâhet ez den rinc an der kirchentür, ez hat denselben fride und daz selbe recht (als wenn er sich in die Kirche geflüchtet hätte)? So wie es genügt, zur Erwerbung des Asylrechtes auch nur den Kirchring zu fassen[6]), so genügt es zur Ableistung des Eides, auch nur an den Kirchring zu tasten, wenn die Kirche nicht geöffnet ist. Dieser Brauch des Asylrechtes ist wohl herübergenommen aus dem Asyl-

[1]) In diesem Zusammenhange darf wohl auch, worauf mich v. Amira verweist, der Ring, der vordem an der Kirche zu Forsa im nördlichen Helsingaland befestigt war, mit seiner das älteste schwedische Rechtsdenkmal darstellenden Runeninschrift genannt werden; über diesen Ring vgl. v. Amira, Recht[2] § 21; derselbe, Nordgerm. Obligationenrecht 1. Bd., 148f., Maurer, Krit. Vierteljahrsschr. XX. Bd., S. 146—148, Sophus Bugge, Rune-Indskriften paa Ringen i Forsa Kirke, Christiania 1877.

[2]) Diese Bräuche machen es auch erklärlich, daß uns das Wort Kirchring auch als Eigenname, nd. Kerkring, begegnet; s. Grimm DWB. s. v. Kirchring mit Quellenangabe.

[3]) Siehe Alwers, Zschr. f. Gesch. d. Oberrh., 36, 1883, 428, Urk. v. 1385.

[4]) Urkunde v. 1394, ebenda, S. 430.

[5]) Vgl. v. Amira, Die Handgebärden in den Bilderhandschriften d. Sachsensp., Münch. Abh., 1905, S. 255f.

[6]) Ein Fall der Übung dieses Brauches liegt in der Legende vom heil. Wenzel vor; der Ring wird heute noch im Prager Dom gezeigt.

Digitized by Google

rechte des Hauses; vgl. die Redensart: den Ring an der Tür lassen = „sich gefangen geben“ [1]).

Auch zu abergläubischen Bräuchen bietet sich der Ring an der Kirchentür von selbst dar. In Belgien befreit man sich vom Fieber, indem man sein Strumpfband an den Galgen oder den Ring der Kirchentür bindet [2]). In der im Jahre 1411 verfaßten Blume der Tugend Hans Vintlers heißt es: „so send denn ettlich frawen, die erschlingen vmb die kirchen gen vnd haissent die totten auf sten vnd niement den ring v. d. kirchen tür jn die hand, vnd ruffend ‚her für‘ und sprechend ‚ich rür disen rink, stett auf, ir alten pärttling . . .‘ [3]).

Die Verwendung des Kirchringes zu abergläubischen Bräuchen erklärt sich daraus, daß man das heiligende, die Kirche durchdringende Fluidum auch den Kirchring erfüllend wähnt oder aus einer pars pro toto-Setzung.

Wir dürfen sonach ruhig behaupten, daß es sich in dem von Brunner für seine Hypothese vom fränkischen Eidring verwendeten Brauche des Schwures auf den Ring der Kirchentür um nichts anderes als um eine Ausgestaltung des uns auch sonst bezeugten Eides an der Kirchentür [4]) handelte.

Es hat sich uns in den vorstehenden Ausführungen gezeigt, daß die Argumente, die Brunner zur Unterstützung

[1]) Siehe z. B. Wander, Sprichwörterlexikon, s. v. Ring, Sp. 1692. Grimm DWB. s. v. Erzimmermannen.

[2]) Sartori, Zschr. d. Ver. f. Volksk., Jg. 1894, 149.

[3]) Grimm DM.[4] 3, 425.

[4]) Vgl. Grimm RA. 2, 557: Im Norden wurde der Eid vor der Kirchtüre auf der Schwelle, und, wenn kein Messebuch da war, mit Berührung des Türpfostens geschworen; vgl. folg. Stellen: Gulaþingsbok 30: „eið scal vinna fyrir kyrkiodyrum, leggia bók á þrescold oc taka bók af þrescoldi upp“ = „diesen Eid soll er leisten vor der Kirchtür, legen das Buch auf die Schwelle und nehmen das Buch von der Schwelle auf . . .“; Bjarkeyjar-réttr 24. Ich verdanke den Hinweis auf diese beiden Stellen Herrn Prof. v. Amira. Siehe ferner das Liederbuch vom Cid, verdeutscht von Regis, S. 32, 190. Der kleine Hermes leistete einen Eid bei den προθύραια des Olymp.; s. R. Hirzel, Der Eid, S. 22; vgl. auch daselbst die Ausführungen Hirzels über „hohe Pforte“ und θύρα; s. ferner Du Cange, s. v. jurare ad portam ecclesiae super librum et crucem.

Digitized by Google

seiner Deutung des Eides in circlo et in collore anführt, bei einer eindringenden Überprüfung versagen. Man darf deshalb ruhig zu jener Erklärung zurückkehren, die den Ausdruck als eine Umschreibung für den umhaselten Ring auffaßt.

Im folgenden soll nunmehr der Versuch unternommen werden, weiteres zur Unterstützung dieser letztgenannten Erklärung dienendes Beweismaterial vorzuführen. Was vor allem das phraseologische Moment betrifft, so haben wir in der Verbindung in circulo et in collore ein *Ἐν διὰ δυοῖν* vor uns, das sich dem „in gaida et gisil", dem „excepto operas et mercedes medici" der langobardischen Rechtsterminologie, dem friesischen „mith dôme and mith drechte" [1]) zur Seite stellt.

Den circulus unserer Stelle hat v. Amira [2]) bereits mit einem eigentümlichen Eidesritus der jura Teutonicorum in suburbio pragensi und der Salfelder Statuten in Verbindung gebracht, wonach der Schwörende in einem in die Erde geritzten Kreise den Eid leisten solle [3]). Nach v. Amira [4]) mußte in alter Zeit der Eid, wenn er Kulthandlung war, an der Kultstätte geschworen werden. Erst das christliche Recht habe nicht mehr überall daran festgehalten. Doch habe das fränkische Recht gefordert, daß die Kultstätte nunmehr wenigstens durch einen geritzten Kreis vertreten werde. Es liegt meines Erachtens sehr viel Wahrscheinlichkeit in der Forderung v. Amiras, daß der eben erwähnte Prager und Salfelder Eidesritus und der circulus der lex Ribuariorum in einem Blicke der Betrachtung erfaßt werden müssen. Ich glaube nun den von Amira angeführten Fällen weitere anreihen zu können, womit sich, falls diese neuen Fälle von mir

---

[1]) Siehe Müllenhoff, Zschr. f. deutsches Altertum, 9, 128.

[2]) Siehe Recht[2] § 89.

[3]) Der gleiche Brauch findet sich auch in dem vom Salfelder Recht entlehnten Leutenberger Stadtrechte, Michelsen, Rechtsdenkmäler aus Thüringen, 426 nach Grimm-Hildebrand DWB. s. v. Kreis, Sp. 2144.

[4] a. a. O.

Digitized by Google

richtig qualifiziert worden sind, ein neues Indiz dafür, ergäbe, von welcher Wichtigkeit solche in einem künstlich hergestellten Kreise abgeschworenen Eide im deutschen Altertume waren. Daß sich aber damit die Wahrscheinlichkeit der Hypothese erhöhen würde, daß der circulus der lex Ribuaria ein Kreis, in dem geschworen wurde, war, braucht wohl nicht ausgeführt zu werden.

In den fälschlich Karl dem Großen und Ludwig dem Frommen zugeschriebenen, einer viel späteren Zeit entstammenden capitula de Iudaeis, c. 4[1]) wird ein Judeneid mit folgenden Worten normiert: „Mitte rumice bis a capite in circuitu pedum ejus; ibi debet stare, quando jurat sacramentum, et habere debet in dextro bracchio quinque lybros Moysi secundum suam legem . . .“ Stobbe sagt über diesen Judeneid: „Meiner Meinung nach ist der Text verdorben; beim Ritual des Eides wird sonst nie der Sauerampfer erwähnt; statt rumice muß wohl ein anderes Wort gestanden haben, welches mit rubus ‚Dornstrauch‘ zusammenhängt, also: umgürte ihn vom Kopfe bis zu den Füßen mit Dornen.“ Stobbe denkt hier wohl[2]) an das von Sohm[3]) mit Unrecht zur Erläuterung des circulus der lex Rib. herangezogene Ritual eines anderen in c. 6 der genannten capitula normierten Judeneides[4]), worin es heißt: „Iudeo vero circulus ex rubo in collo imponatur, et stanti genua vinciantur, eique virga ex rubo quinque habens cubitos manuales bene aculeata[5]) dum sacramenti

[1]) Vgl. Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters, 154f., 262, Anm. 144; J. E. Scherer, Die Rechtsverhältnisse der Juden in den deutsch-österreichischen Ländern, 1901, S. 296.

[2]) Vielleicht auch an das „circumdet corpus meus rubo precinctus“ des bei Müllenhoff u. Scherer, DDPUP.[3], 1, 194 erwähnten Judeneides; nach dem von Constantinos V. Porphyrogennetos 911—955 festgesetzten Ritual des Judeneides soll der Jude seine Lenden mit Dornen umgürten und in der Hand die Gesetzesrolle halten; s. Scherer, a. a. O.

[3]) Ausgabe der l. Rib. p. 257, n. 60.

[4]) Boretius, Cap. I. p. 259.

[5]) Liegt hier eine auf die 5 Bücher Moses abzielende Zahlenspielerei vor?

Digitized by Google

finem fecerit, inter coxas acerrime pertrahatur, et taliter se exoniet, si sanus evaserit". Mit diesem Eide hat der an erster Stelle erwähnte Schwurritus meines Erachtens nichts zu schaffen. Die von Stobbe vorgeschlagene Emendation von „rumice" in ein aus dem Stamme *rub = „Dornrute" gebildetes Wort und die darauf gegründete Übersetzung[1]) stößt auf die größten Schwierigkeiten; sie läßt sich weder mit dem ibi debet stare — nach Stobbes Deutung sollte man erwarten: sic debet stare — vereinen, noch mit dem „in circuitu pedum eius". Es ist wohl am geratensten, von der immer etwas bedenklichen Annahme einer handschriftlichen Korruptel hier abzusehen, die Worte vielmehr in dem Sinne zu nehmen, in dem sie sich uns auf den ersten Blick darbieten. Dann ergibt unsere Stelle folgenden Sinn: „Wirf (d. h. streue) Sauerampfer[2]) zweimal vom Kopfe aus im Umkreise seiner Füße; hier (d. h. in dem hierdurch entstandenen Streukreise) soll er stehen, wenn er den Eid schwört". Nach dieser ungezwungenen und der Krücke der Emendation entbehrenden Übersetzung mußte der Jude in einem aus gestreutem Sauerampfer hergestellten Kreise den Eid ableisten. Der in die Erde geritzte Kreis ist sonach hier durch einen Streukreis ersetzt. Wir finden diese Substitution des zur kultischen Handlung erforderlichen, geritzten oder gefurchten Kreises durch einen Streukreis auch anderwärts im indogermanischen Ritual[3]); sie liegt ja dem primitiven Denken so nahe. Warum in unserem Falle gerade der Sauerampfer gewählt wurde, läßt sich heute, wo die volkskundliche Pflanzen-

---

[1]) s. o.

[2]) Scherer a. a. O. denkt an eine Streuung von Dornen, also an einen Dornen-Streukreis, was im Wesen — das Wesentliche ist ja der Streukreis — auf meine Auffassung der Sachlage hinausläuft.

[3]) Vgl. z. B. Caland, Altindischer Ahnenkult, 1893, S. 108; Caland, Altind. Zauberritual, 109, Kauśikass., 33, 7; S. 84, Kauś., 27, 18; S. 71, Kauś., 25, 26; S. 117, K. 35, 15; Prahn, Glaube u. Brauch i. d. M. Brandenb., Z. d. V. f. Volksk. 1891, S. 178.

Digitized by Google

forschung erst in ihren Anfängen steht, mit Sicherheit noch nicht entscheiden. Sollte durch den Sauerampfer das Leiden symbolisiert werden, das dem Eidbrüchigen bevorsteht? Man denke an die Mandelnuß, die durch ihre harte Schale und bittere Rinde den gekreuzigten Leib Christi symbolisiert[1]) oder an die bitteren Kräuter, die beim Ostermahle der Juden verzehrt werden zur Erinnerung an die Bitternisse des Auszuges aus Ägypten? Oder sollte der bekannte Salzgehalt des Sauerampfers[2]) hier eine Rolle spielen? Das Salz wird bei Eidesleistungen[3]) gerne verwendet, sowie bei Verträgen[4]). Oder kam dem Sauerampfer im deutschen Altertum eine besondere Bedeutung zu? Wird er ja heute noch in manchen oberbayerischen Gegenden in den Weihbüschel eingeflochten[5]) und bei den den Menschen angeblich neu belebenden Maikuren[6]) verwendet. In Hannover und dessen Umgegend wird noch heute am Gründonnerstag zur „Neunstärke", einem Neun-Kräuter-Gericht, Sauerampfer genommen[7]). Mag sonach in

[1]) Vgl. Fr. Görres, Historische Zeitschr., 58, S. 355.

[2]) Vgl. B. Seemann, Hannoversche Sitten und Gebr. in ihrer Beziehung zur Pflanzenwelt, 1862, S. 7; s. ferner Wander, Sprichwörterlexikon, s. v. Salz, Sp. 1851.

[3]) Ist es hieraus zu erklären, daß in den mittelalterlichen Judeneiden zuweilen für den Fall des Meineides die Verwandlung in eine Salzsäule angedroht wird? s. Müllenhoff u. Scherer II, 468; Lindner, Zschr. d. Sav. St., 6. Bd., S. 130.

[4]) Siehe Wander, Sprichwörterlex., s. v. Salz, Sp. 1850/51.

[5]) Höfler, Volksmedizin u. Aberglaube in Oberbayerns Gegenw. u. Verg., S. 97.

[6]) Höfler, 77, 99.

[7]) Sauerampferessen gibt Läuse: Archiv f. schweiz. Volksk. 1901, 153; hat sich jemand heftig an einer Nessel verbrannt, so nimmt man auf englischem Boden einige Blätter von Ampfer (engl. dock), speit darauf und reibt damit die verletzte Stelle, indem man die Worte spricht: in dockon, out nettle, Grimm DM⁴, 3, 507. Sauerampferessen macht „den Menschen lästig zu essen"; Söhns F., Unsere Pflanzen usw. 1904, S. 77; über Sauerampfer als Heilmittel bei den Dänen des 13. Jahrh. und den Angelsachsen vgl. Hoops, Waldbäume und Kulturpflanzen im germ. Altertum, S. 651, 616.

Digitized by Google

diesem Punkte auch eine Unklarheit[1]) bestehen, so dürfen wir, meine ich, doch den Streukreis des hier erörterten Judeneides, der, soweit ich wenigstens sehe, einer Erklärung aus dem jüdischen Ritual widerstrebt, mit dem circulus der l. Rib. in Zusammenhang bringen.

Ein ähnlicher Konnex besteht wohl auch bei einem einst in der Jachenau üblichen Eidesritus[2]): Fuit quidam qui manu circulum duceret caeterosque Jachenaugienses induceret ut immisso illuc digito quasi dicto sacramento quisque condiceret (a. 1574). Diese merkwürdige Eidesform ist wohl am einfachsten zu erklären, wenn man sie als Rudiment eines Eides auffaßt, der ursprünglich in einem in die Erde geritzten Kreise abgeleistet werden mußte[3]).

Gehört hierher vielleicht auch der eigenartige Brauch, von dem Fritz Reuter[4]) erzählt: „Der Altgesell zeichnet mit Kreide den Gesellenkreis und überspannt seine Öffnung mit Daumen und Mittelfinger, zum Zeichen, daß seine Hand als Vorhand gelten solle?"

Die Sitte, Eide in einem in die Erde geritzten Kreise zu schwören, ist nicht auf die Germanen allein beschränkt. Joh. Ludw. Burckhardt[5]) erzählt uns von folgendem Eides-

---

[1]) Seemann, a. a. O. — Zu untersuchen bliebe, ob der Sauerampfer beim Judeneide nicht gewählt wurde, weil im Judeneide die Formel: „Der Gott, der Laub, Blume und Gras geschaffen hat", „Laub und Gras", „gruene werdes" oft wiederkehrt; s. Lindner, a. a. O., Müllenhoff u. Scherer a. a. O. — Der Judeneid wäre einer eingehenderen Untersuchung wert. Ältere Literatur: Jac. Fr. Ludovici de sollemnibus juramentorum, Halae 1712, Estor, de lubrico juramenti a Iudaeo praestiti, Marburg 1746; Pufendorff obs. jur. univ. I. obs. 109 f.

[2]) Chronicon Benedictoburanum 1, 258 nach Höfler, S. 36.

[3]) In diesen Zusammenhang gehört wohl auch die Redensart: „Mit in den Ring stippen", Theatrum diabolicum 476a bei Wander, Sprichwörterlexikon s. v. Ring, Sp. 1690, No. 40, d. h. „mitmachen, tun wie die anderen".

[4]) Hanne Nüte, p. 229 nach Grimm RA. 2, 438[1].

[5]) Bemerkungen über die Beduinen und Wahaby, Weimar 1831, S. 103; ich verdanke den Hinweis auf diesen interessanten Eidesritus dem bekannten Ethnologen Dr. R. Lasch in Wien.

Digitized by Google

ritus der Beduinen: „Ein sehr feierlicher Eid ist der jemmein el khet oder der Eid der Querlinien. Dieser wird nur bei sehr wichtigen Veranlassungen geschworen. Wenn z. B. ein Beduine seinem Nachbarn einen bedeutenden Diebstahl zur Last legt und die Beschuldigung nicht durch Zeugen erweisen kann, so nimmt der Kläger den Beklagten mit zum Scheich oder Kadi und fordert ihn auf, zu seiner Verteidigung jenen Eid zu schwören, den er von ihm verlangen wird. Wenn sich der Angeklagte dazu bereiterklärt hat, führt ihn der Ankläger eine gewisse Strecke von dem Lager weg, weil die Zauberkräfte des Eides der ganzen Masse der Araber gefährlich werden könnte, wenn der Eid in ihrer Nachbarschaft abgelegt werden würde. Dann zeichnet er mit seinem Krummesser in den Sand einen großen Kreis und in denselben viele durchschneidende Linien. Er nötigt nun den Angeklagten, seinen rechten Fuß in diesen Kreis zu setzen, was er dann ebenfalls tut, indem er zugleich an denselben die Eidesworte richtet, die der Angeklagte wiederholen muß. Manche Personen treten mit beiden Füßen in diesen Kreis. Mohammed soll einst von diesem Eide Gebrauch gemacht haben". Ein anderer Eid dieser Art wird von dem zum indogermanischen Sprachstamm gehörigen Stamme der Bihār in Indien geübt. George A. Grierson berichtet uns in seinem vortrefflichen Werke Bihār Peasant Life, S. 402: „North of the Ganges the gurura is a circle drawn on the ground in which the man who takes the oath stands, or from which he takes the thing claimed. The believe in these oaths is, throughout the country, very genuine."

Wenn wir nun die Frage aufwerfen, warum der Eid nach dem Ritual der Germanen, Beduinen, der Bihār und wohl noch anderer Völker[1]) in einem in die Erde geritzten

[1]) Sollte nicht auch ein Zusammenhang von ὅρκος mit ἕρκος = „hegender Kreis", „Einhegung" vorliegen, so daß ὅρκος die im ἕρκος abgelegte feierliche Beteuerung wäre? Daß ὅρκος mit ἕρκος stammverwandt sei, ist eine schon oft geäußerte Vermutung. Vgl. Meringer,

Digitized by Google

Kreise geschworen werden soll, so kann die Antwort auf diese Frage dem ethnologisch geschulten Rechtshistoriker nicht schwer fallen. Der Eid ist überall und auch im germanischen Rechte, worauf ja v. Amira immer und immer wieder hingewiesen hat, eine zauberische Handlung[1]). Die Zauberhandlung wird aber unendlich häufig in einem Ritzkreise oder dergleichen vorgenommen[2]).

Soviel über den circulus. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Deutung des „in collore" läßt sich außer dem im Verlaufe dieser Abhandlung bereits Gesagten noch anführen, daß nicht allein bei den Nordgermanen[3]), sondern auch bei den deutschen Stämmen der Ritus der Umhaselung einst eine

---

Indog. Forschungen 16, 103; R. Hirzel, Der Eid, S. 153fg.; Solmsen, Zschr. f. vgl. Sprachw. 1893, S. 275: „ὅρκος bezeichnet ursprünglich die Schranken, die man sich auferlegt und über die man nicht hinaus kann". Lasaulx, Über den Eid, S. 5: „ὅρκος . . . eine Einfriedigung, gleichsam ein heiliges Gehege um das Wort." L. Ott, Beiträge zur Kenntnis des griechischen Eides, S. 9: „ὅρκος . . . die Schranke, die für den Menschen selbst und sein Handeln durch Leistung des Eides besteht, indem er in einer bestimmten Weise handeln muß, will er nicht Schuld auf sich laden und Strafe gewärtigen". Hiegegen wendet Hirzel ein: „Da . . . eine Schranke des menschlichen Handelns doch z. B. auch die Gesetze sind . . ., so eignet sich diese Bedeutung nicht gerade, die ursprüngliche und eigentliche von ὅρκος zu sein. Um so passender steht das Wort in dieser Hinsicht von der Unterwelt und ihren Göttern; sie dürfte wohl die Einhegung κατ' ἐξοχήν genannt werden, da sie, was sie gefangen hat, nie wieder hergibt". Bei allen diesen Erklärungsversuchen wird ἕρκος im übertragenen Sinne genommen, während die von mir angeregte Deutung das Wort in seiner ursprünglichen sinnlichen Bedeutung nimmt).

[1]) Vgl. Zachariae, Zum altindischen Hochzeitsritual, Wiener Zschr. f. Kunde des Morgenlandes, 1903, S. 212; Oldenberg, Religion des Veda, 518f., Rohde, Psyche, 1, 65 (die Zahl der Belege ließe sich ins ungemessene vermehren.

[2]) Belege dafür ließen sich hundertfach anführen; ich verweise hier nur auf die im weiteren Verlaufe dieser Untersuchung angeführten zauberischen Bräuche deutscher Provenienz, wo der Zauberkreis mit einem Haselstab gezogen wird.

[3]) Siehe Weinhold, Zschr. d. Ver. f. Volkskunde, 1901, 1fg., derselbe BSB. 1891, S. 550fg.; in der Skaldensprache erhält hasla (Haselstange) wegen dieser Verwendung der Hasel ohne weiteres die Bedeutung

Digitized by Google

große Rolle gespielt haben muß [1]). Hat sich doch in Schwaben an verschiedenen Orten die Gewohnheit erhalten, beim Wettringen (dem Hosenlupf) den Platz mit Haselgerten abzustecken [2]).

Wahrscheinlich liegt der Brauch, die sakralen Zwecken dienende Stätte einzuhaseln, auch in folgenden Fällen in einer Umbildung vor. Ein Schweizer Feuersegen wird gesprochen, nachdem man mit einem Haselstocke einen Kreis gezogen und in denselben zwei Kreuze und zwei Herzen gezogen hat [3]). Mit der einjährigen Haselgerte kann man die Schlangen in einen damit gezogenen Kreis bannen, worin sie sterben müssen [4]). Wer Zauberer werden will, der gehe am Karfreitag . . . auf einen Scheideweg, von wo aus man den Friedhof sehen kann. Mit einem Haselstab ziehe er dann einen Kreis . . . usw. [5]). Wer einen voraussichtlich unerfüllbaren Wunsch hat, der gehe in einer bestimmten Nacht auf einen Kreuzweg und ziehe um sich mit einer Haselgerte einen Kreis [6]).

Wenn wir somit das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen zusammenfassen, so können wir sagen, daß kein Grund besteht, von der Annahme, daß „in circulo et in collore" die umhaselte Schwurstätte bezeichne, abzuweichen.

In der Eidesterminologie der lex Ribuaria begegnet uns neben dem „in circlo et in collore" noch ein zweiter, lebhaft

---

„Umgürtung": járðar hasla wurde eine Kenning für die Weltschlange, ja für jede Schlange.

[1]) Wie bei den Germanen die Gerichtsstätte und die Kampfstätte (vgl. v. Amira, Vollstreckungsverfahren, S. 296; Kormakssaga c. 10; Fritzner, Ordbog over det g. norske Spr. s. v. hasla, heslistǫng), mit Haselstäben gehegt wurde, so geschah beim Altarfeuer der Inder dasselbe mit paridhayas vom Holze des palaça, khadira usw.; s. Kuhn, Herabkunft d. Feuers [2], 204 [1].

[2]) Siehe Weinhold, Über d. Bed. d. Haselstrauches, Z. d. V. f. V., 1901, 5.

[3]) Weinhold, Z. d. V. f. V., 1901, 6.

[4]) Weinhold, S. 7.

[5]) Siehe Schiffer, Am Urquell, Jg. 1892, S. 151: polnischer Brauch.

[6]) Hermann, Z. d. V. f. V. 1894, 451: ungarischer Brauch.

Digitized by Google

umstrittener Ausdruck, das Wort harahus, über das ich im folgenden einige Vermutungen vortragen möchte. Über Vermutungen wird man bei diesem Worte ja nie hinauskommen.

Die herrschende Lehre sieht in dem harahus eine heilige Stätte und glaubt das Wort mit dem Thingplatze identifizieren zu können[1]). Brunner hat diese Ansicht bekämpft und die Behauptung aufgestellt, daß der Eid in haraho ein Eid auf ein christliches Heiltum gewesen sei[2]). Brunner beruft sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf lex Rib. 72, 1, wo ein Eid in haraho geschworen wird an dem Kreuzwege, wo der Knecht begraben liegt, an dem der Anfang vorgenommen worden war. Der ganze Zusammenhang der Stelle schließe die Möglichkeit aus, daß man vom Kreuzwege zum Schwure in die Kirche — oder, wie Sohm sagen würde, zur Thingstätte — und dann wieder an den Kreuzweg gegangen sei. Es könne sonach, um die genannte Quellenstelle in befriedigender Weise zu interpretieren, unter dem harahus nur ein Heiltum (capsa mit den Reliquien oder das Evangelienbuch), worauf der Eid abgelegt wurde, nicht aber der Ort der Eidesleistung verstanden werden.

Es ist nun Brunner ohne weiteres zuzugeben, daß die u. a. von Cosack[3]) vertretene Ansicht, die Beteiligten hätten am Gerichtstage zunächst die Begräbnisstätte in quadruvio beschritten und dann erst an der angeblich anderwärts befindlichen Stätte „in haraho" die Eideshandlung vollzogen, nicht die geringste Wahrscheinlichkeit für sich hat; auf der anderen Seite muß aber darauf verwiesen werden, daß der Umstand, daß das ribuarische harahus aller Wahrscheinlichkeit nach mit dem ahd. haruc, harug, = „heiliger Hain, Opferstätte" identisch ist, ein gewichtiges Indiz für die Richtigkeit jener Anschauung bildet, die in dem harahus eine heilige Stätte und nicht, wie Brunner will, ein heiliges Objekt erblickt.

[1]) Siehe Sohm, leg. V, Reg. z. l. Rib. s. v. harahus.
[2]) R. G. 2, 432[45].
[3]) Eidhelfer d. Bekl., S. 51.

Digitized by Google

Wie läßt sich nun aber mit dieser Auffassung, die dem Worte harahus die Bedeutung „heilige Stätte“ zuweist, der die Brunnersche harahus-Hypothese auslösende, der herrschenden Lehre entgegenstehende und nicht zu übersehende Umstand vereinen, daß der in l. Rib. 72, 1 geforderte Eid „in quadruvio“ und doch zugleich auch „in haraho“, an geheiligter Stelle, stattfinden solle? Dieser innere Widerspruch läßt sich meines Erachtens beheben, wenn man unter dem harahus einen mit dem Schwerte oder dergleichen in die Erde geritzten Kreis versteht. Dann wurde eben der in Rede stehende Eid in einem auf der Stätte des Kreuzweges in die Erde geritzten Ringe geschworen.

Diese Annahme läßt sich durch sprachliche und sachliche Argumente stützen. Was zunächst die sprachliche Seite der hier vertretenen Deutung betrifft, so darf darauf hingewiesen werden — ich folge hier der Autorität Noréens[1]), dem Zupitza[2]), Meringer[3]) und Walde[4]) beigetreten sind —, daß die Grundbedeutung von harahus „Umhegung“, „durch Umhegung abgesonderte Stätte“, „heiliger Platz“ ist[5]). Es entspricht nach den genannten Autoren lautlich und sachlich vollkommen dem lat. carcer, das eigentlich den „eingehegten Raum“, die „Umfriedigung“, den „Einschluß“ bedeutet, was in der Gleichung carceres = „Schranke der Rennbahn“ noch zu deutlichem Ausdruck kommt. Gegen die Richtigkeit dieser Gleichung kann das deutsche Lehnwort „Kerker“, das von carcer gebildet ist, nichts beweisen. Die Gleichung „harahus“ = „carcer“ ist auf die vorgermanische Sprachperiode, die Glei-

[1]) Urgermanische Lautlehre, S. 87, 229.

[2]) Die germanischen Gutturale, Schriften zur germ. Philol., hgeg. v. Roediger, 8. Heft, 207.

[3]) Indogerm. Forschungen, 18. Bd., 1905, S. 261.

[4]) Etymol. Wb. d. lat. Spr. s. v. carcer.

[5]) Zur eben angedeuteten Bedeutungsentwicklung vgl. u. a. Meringer a. a. O.; Thumb, Zschr. f. vgl. Sprachwissenschaft 1900, 188 fg.; v. Amira verweist mich mit Recht auf die Bedeutungsgeschichte von templum.

Digitized by Google

chung „carcer“ = „Kerker“ [1]) auf die Zeit des germanisch-römischen Kulturaustausches zu beziehen. Dadurch, daß man nun mit dem Schwerte oder einem Stabe oder dergleichen einen Kreis in die Erde ritzt oder auf dem Erdboden beschreibt, entsteht eine durch Umhegung, Umfriedung ausgeschiedene Stätte, die, wenn sie unter Beobachtung gewisser sakraler Formen und sozusagen mit dem animus sacrandi vorgenommen wird, dem umzirkten Platze den Charakter der Unverletzlichkeit verleiht. Die kleine, durch die Ritzung mit dem Schwerte oder Stabe herbeigeführte Auffurchung der Erde ist nach dem naiven Glauben der germanischen Vorzeit, und nicht nur dieser allein, vollauf ausreichend, um die sanctitas der umzirkten Stätte zu garantieren und die Vornahme einer sakralen Handlung auf ihr zu erlauben [2]). Es ist dem primitiven Denken gleichgültig, ob eine solche heiligende Ausscheidung durch Umpflügung [3]) oder durch Umschließung mit dem hegenden Faden [4]) oder durch bloße Umschreitung [5]) hergestellt [6]) wird. Es zeigt sich somit, daß ein Eid, abgeleistet auf dem quadruvium, zugleich aber auch auf einer „in haraho“ genannten Stätte kein Widerspruch in sich selbst zu sein braucht [7]).

[1]) Siehe Kluge, Grundr. d. germ. Phil.[1], 1, 336.

[2]) Vgl. A. Hillebrandt, Altindische Ritualliteratur, S. 172fg.

[3]) Siehe Usener, Zur vergleichenden Rechts- und Sittengeschichte, Verh. d. 22. Vers. deutscher Philol. und Schulm. in Wien, 1893, ersch. 1894, S. 27f. — Nach Aristophanes, Wespen, 850 äußert ein alter Heliast den Wunsch, die Gerichtsstätte mit einer heiligen Furche zu umziehen; s. Usener, Blätter für hessische Volkskunde, 1, 202f.

[4]) Siehe Zachariae, Zum altind. Hochzeitsritual, Wiener Zschr. f. Kunde d. Morgenl., 1903, 221; Liebrecht, Z. Volkskunde, 305f., 424f., derselbe, Germania, Jg. 1871, S. 224; Kuhn, Abergl. u. Gebr. aus Westfalen, S. 42; Grimm, RA. s. Faden.

[5]) Vgl. Goldmann, Die Einführung d. deutschen Herzogsgeschlechter usw., S. 98—103.

[6]) Auch das Umgießen kommt vor; vgl. Caland, Totenbräuche, S. 72.

[7]) Einer kurzen Erwähnung wert ist das dem ahd. haruc entsprechende altnordische horgr. Es ist bald = „Berg, Felsen“ (so noch

Digitized by Google

Wenn man auf Grund der eben vorgetragenen Hypothese den Eid in haraho mit dem in circlo et in collore geleisteten in Verbindung bringt, so erkennt man, daß beide Eidesarten miteinander verwandt sind, daß aber der Eid in circulo et in collore gegenüber dem in haraho ein Plus enthält, nämlich die Umhaselung. Es läge also dieselbe Eidesform in einer hochfeierlichen und einer minderfeierlichen Form vor, ein Unterschied, der vielleicht darauf zurückgeführt werden dürfte, daß der Eid in circulo et in collore gemäß der Vorschrift der l. Rib. 67, 5 vor dem Königsgericht abgeleistet wird.

Man versuche nun einmal, auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen die Fügung „in circlo et in collore" ins latinisierte Althochdeutsch zu übertragen. Wir erhalten dann die Wendung: „in haraho et in hasla", also gleich dem „in circlo et in collore" eine Alliteration! Wenn wir nun annehmen dürften — es dürfte dies nicht zu vermessen erscheinen — daß die Alliteration bei „in circulo et in collore" nicht auf Zufall, sondern auf Absicht beruhe u. z. auf der Absicht, eine der volkstümlichen Rechtsterminologie angehörende alliterierende Phrase möglichst getreu ins Lateinische[1]) zu übertragen, fiele dann nicht mit der auf Grund unserer Untersuchung sich ergebenden Alliteration „in haraho et in hasla" ein Gewicht mehr in die Wagschale für die These, daß harahus und circulus identisch seien?

in neunordischen Dialekten), bald ebenfalls „Tempel" und dann meist mit hof gestabt. Vgl. Mogk, Mythologie im Grundriß d. germ. Phil.², 395. Nach Finnur Jónsson, Festschrift z. 50jähr. Doktor-Jubelf. K. Weinholds, 1896, S. 20 bezeichnete das Wort in Skandinavien speziell einen Tempel für die Göttinnen. Vgl. neuerdings den Aufsatz von Björn M. Ólsen og Daniel Brunn, „Hörgdalsfundurinn" im Árbok hins islenzka Fornleifafélags, 1903 über hǫrg und hof, ferner Meringer a. a. O. S. 267. — Zum ags. hearh vgl. Jellinghaus, Anglia XX, 289, Klaeber, Anglia Jg. 1904, S. 261.

[1]) Vgl. die Wendungen: cutis et capilli, corium et capilli, pellis et pili, Brunner, RG II, 605, durch die unser „Haut und Haar" wiedergegeben werden soll. Eine Übersetzung einer deutschen alliterierenden Verbindung liegt wohl auch vor in: in cippo et in carcere fiant missi, MG. leg. sect. II, 1, 141.

Digitized by Google

„PFANDRECHTE AN EIGENER SACHE“

NACH DEUTSCHEM REICHSRECHT.

VON

PAUL PUNTSCHART.

Digitized by Google

Die Fülle des Nutzens, welcher von der germanistischen Rechtsforschung ausgeht, liegt nicht allein in dem, was sie für die Erkenntnis des vergangenen Rechtslebens leistet, und nicht nur auf dem Gebiete der reinen Wissenschaft, der Theorie, sondern auch das tiefere Verständnis von gegenwärtig geltendem Recht und von praktisch wichtigen Rechtsfragen kann durch diese Disziplin bedeutsam gefördert werden. Die moderne Rechtsordnung kennt zahlreiche Rechtsverhältnisse von hohem theoretischen und praktischen Interesse, zu deren Erfassung die germanistische Jurisprudenz den Schlüssel besitzt. Das Recht ist praktischer Natur, und die Juristenwelt schätzt naturgemäß einen juristischen Wissenszweig höher ein, wenn er nicht nur die Fackel ist, die hineinleuchtet in für uns abgestorbene Epochen, sondern wenn er außerdem auch kräftig eingreifen kann ins Rechtsgetriebe des Tages. Gesellt sich dazu noch die Realistik eines nüchtern-praktischen Zeitgeistes: was vermöchte in Anbetracht alles dessen den Wert unserer Wissenschaft klarer und eindrucksvoller vor Augen zu führen als der Nachweis solcher Beziehung schon alter germanischer Rechtsgedanken zum Rechtsleben der Gegenwart! Gerade heute dürfte es nicht überflüssig sein, den Beweis ihres Wertes möglichst wirksam zu gestalten, fehlt es doch unter dem Einfluß der Betrachtungsweise aus dem Gesichtswinkel unmittelbar praktischer Nützlichkeit leider nicht an einer gewissen Geringschätzung der Rechtsgeschichte und an Bestrebungen, die Stellung des rechtsgeschichtlichen Studiums zu schmälern. Darum verdient die Prüfung der weitverzweigten Frage, inwieferne das durch die Bedürfnisse und Interessen des mo-

Digitized by Google

dernen Lebens geforderte Recht mit der älteren deutschen Rechtsüberzeugung im Einklang steht, die besondere Aufmerksamkeit der germanistischen Kreise.

Dankbare Aufgaben stellt in dieser Hinsicht das neue Realkreditrecht des Deutschen Reiches. Das vielumstrittene „Grundschuld"-Problem suchte ich bereits im Lichte der Grundbegriffe des altdeutschen Schuld- und Haftungsrechtes zu klären [1]). Vorliegende Festabhandlung will die eigenartigen nicht minder streitigen Gebilde der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld von diesem Standpunkte aus beleuchten. Er rechtfertigt sich hier um so mehr, als er nicht nur geeignet ist, die Schwierigkeiten zu lösen, sondern weil schon das mittelalterliche Recht Erscheinungen aufweist, welche den „Pfandrechten an eigener Sache" verwandt sind [2]), wie ja auch die „Grundschuld" in ihrer leitenden Idee uralt ist. Im Norden und Süden Deutschlands ist das „Eigentümerpfandrecht" aus einheimischer Wurzel erwachsen.

Das „Eigentümerpfandrecht" ist, deutschrechtlich gesprochen, Sachhaftung. Vom „Haften" reden allgemein und vielfach in instinktiv richtiger Anwendung Gesetz, Praxis und wissenschaftliche Theorie. Dessenungeachtet hat der Ausdruck den technischen Sinn verloren, den er einst besessen. Denn im Rechtssystem der modernen Jurisprudenz ist für jene durchgebildete, im Volksgefühl lebende Einrichtung, die das Wort im Recht früherer Jahrhunderte bezeichnete, kein Platz. Nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der Literatur huldigt dem germanischen Gedanken. Und wenngleich die Zahl seiner Anhänger heute in erfreulichem Wachsen be-

[1]) Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur (1900). Über die einschlägigen Begriffe des alten deutschen Rechtes S. 13 ff.

[2]) Zur Geschichte s. etwa Stobbe-Lehmann, Handb. d. Deutschen Privatrechts II³. 2. S. 197 N. 84; R. Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht (1896) S. 16 f; E. Bruck, Die Eigentümerhypothek (1903) S. 14—102; O. Gierke, Deutsches Privatrecht II. S. 919.

Digitized by Google

griffen ist, so bin ich doch nicht Optimist genug, um zu hoffen, daß sich der Gedanke rasch durchsetzen werde. Dafür sind die Gegensätze zwischen der herrschenden Auffassung und der germanischen Haftungsidee viel zu tiefgreifend, erstrecken sie sich doch sogar bis in die Fundamente der Rechtstheorie.

Die dornige Frage nach dem Wesen des Rechtes ist selbst heute noch nicht einheitlich beantwortet. Soviel und solange sie schon erörtert worden: es ist bisher nicht gelungen, zu einer allseitig befriedigenden Begriffsbestimmung vorzudringen. Ja, nach Savigny wäre dies überhaupt ein vergebliches Bemühen. Das eigentümliche Recht eines Volkes könne so wenig als die Sprache in einen feststehenden Begriff gefaßt werden, da sein eigentümliches Wesen vielmehr in ununterbrochener Bildung und Entwicklung bestehe. Dagegen herrscht wohl Übereinstimmung in der Auseinanderhaltung von Recht im objektiven und im subjektiven Sinn. Aber schon ihr Verhältnis zueinander ist wieder streitig. So fehlt es nicht an Stimmen, welche das subjektive Recht an den Anfang stellen [1]), während man sonst das Bestehen subjektiver Rechte an die Voraussetzung des Bestandes einer objektiven Rechtsordnung knüpft. Und im einzelnen stößt der Forscher abermals auf ein Gewirr von Problemen. Besonders brennend gestaltet sich die Frage, was unter dem subjektiven Recht eigentlich zu verstehen sei, welches der abstrakten Ordnung, den regelnden Bestimmungen gegenübersteht [2]). Vielfach wurde und wird das subjektive Recht aufgefaßt im Zeichen der Willensmacht als rechtliche Willensbetätigung, Willensherrschaft, Macht- und Gewaltbefugnis eines Subjektes [3]). Doch ist diese überlieferte Lehre von zahlreichen

[1]) Neuestens energisch betont von R. Löning, Über Wurzel und Wesen des Rechts (1907).

[2]) Dazu neuestens J. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit (1907) § 3; L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung (1907) § 3.

[3]) Vgl. J. Clausius, Das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts (Bonner Diss. 1890).

Digitized by Google

Rechtsgelehrten und nicht erst seit kurzem angefochten. Lebhaft hat sich Ihering gegen sie erklärt und ihr die Definition als „rechtlich geschützte Interessen" entgegengestellt. Der hier zutage tretende Mangel an Übereinstimmung und die daraus fließende Unsicherheit sind von verhängnisvoller Tragweite, weil das subjektive Recht den Grundbegriff der herrschenden Privatrechtstheorie darstellt. Die moderne Rechtstheorie ist eine Theorie der subjektiven Rechte. E. J. Bekker[1]) nennt das subjektive Recht den Eckpfeiler des ganzen Rechtsbaues für die moderne Doktrin. Letztere geht bei ihren Operationen vom subjektiven Recht aus. „Rechtsverhältnis" und „Rechtsgeschäft" sind subjektivrechtlich gedacht. Man unterscheidet im „Rechtsverhältnis" eine Seite der Gebundenheit oder der Pflicht und eine korrespondierende Seite der Macht oder der Befugnis. Recht und Pflicht kommen gleichzeitig als Elemente des Rechtsverhältnisses zur Entstehung[2]). Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung zur Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen[3]). Die einschlägige Literatur läßt freilich zur Genüge ersehen, wie viel Disharmonie die Bearbeitung solcher und ähnlicher Partien hervorgerufen. Diese Grundanschauungen, welche sich hauptsächlich durch die großartige wissenschaftliche Tätigkeit der Vertreter des römischen und gemeinen Rechtes herausgebildet haben, werden auch in der germanistischen Literatur geteilt. Es mag genügen, O. Gierke sprechen zu lassen. Der Meister deutschen Privatrechtes lehrt[4]): „Recht" nennen wir sowohl den Inbegriff der Rechtssätze (objektives Recht), wie den Inbegriff der Rechtsverhältnisse (subjektives Recht). Subjektives Recht ist, da die Rechtsverhältnisse aus Befugnissen und Pflichten bestehen, der Inbegriff der Befugnisse und Pflichten, der Inbegriff

[1]) System d. heut. Pandektenrechts I. S. 46.
[2]) Z. B. A. Merkel, Juristische Encyklopädie[3] (1904) § 5, 165.
[3]) Z. B. L. v. Arndts, Lehrb. d. Pandekten.
[4]) Deutsches Privatrecht I. S. 112, 251, 253, 255.

Digitized by Google

äußerer Willensbestimmtheiten, die durch Rechtsnormen gesetzt sind. Das subjektive Recht ist äußere Willensmacht oder Willensgebundenheit. Ein zusammenhängender Inbegriff von Befugnissen und Pflichten, der einem Lebensverhältnis entspricht, bildet ein Rechtsverhältnis.

Doch ist bereits seit längerem in der Literatur eine Gedankenrichtung wahrzunehmen, welche mit der landläufigen Rechtstheorie nicht mehr im Einklang steht. Schon Savigny hat Schwierigkeiten einer rein subjektivrechtlichen Theorie empfunden. Windscheid warf bekanntlich die Frage auf, ob Rechte und Pflichten auch ohne Subjekt bestehen können, eine Frage, welche in seinen „Pandekten" als eine der brennendsten der Gegenwart bezeichnet wird. Vom Standpunkt der Theorie der subjektiven Rechte muß eine derartige Annahme als ein Widerspruch in sich selbst erscheinen. Gierke[1]) äußert sich denn auch in diesem Sinne, ebenso wie einst Ihering[2]) für eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten gehalten hatte, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existieren können. Gleichwohl begegnen nach Regelsberger[3]) Erscheinungen, welche alle Merkmale eines subjektiven Rechtes in sich vereinigen mit der einen Ausnahme des Rechtsträgers. Vom positiven Recht würden konkrete Machtkreise anerkannt und geschützt, die zurzeit des Trägers entbehren. Es handle sich um Durch- und Übergangserscheinungen; man könne sie Rechte nennen, die ihren Herrn erwarten. Subjektlos könnten nur solche Rechte bestehen, welche eine unmittelbare Beziehung des Berechtigten zu einem Ding außer ihm enthalten. Die berühmte Theorie vom „Zweckvermögen" operiert nicht wenig mit subjektlosen Rechten. Nach Regelsberger[4]) gibt es Rechtsverhältnisse, aus welchen unmittelbar Rechte und

[1]) I. S. 257.
[2]) Jahrb. f. Dogmatik X. S. 390.
[3]) Pandekten I. S. 78 f.
[4]) S. 73.

Digitized by Google

Pflichten nicht hervorgehen. Einen Wendepunkt auf der Bahn zu neuen Ergebnissen bezeichnet Iherings vielbesprochene Abhandlung[1]) über passive Wirkungen der Rechte. Ihering machte bei seinen Forschungen die wahrhaft verhängnisvolle Erfahrung, daß seine Untersuchung fast nirgends einen festen Grund und Boden vorfand, auf dem sie weiterbauen konnte. Er wollte da „eine Reihe rätselhafter, bisher teils gar nicht beachteter, teils mangelhaft begriffener Erscheinungen unter den richtigen Gesichtspunkt zusammenfassen und damit dem juristischen Verständnis erschließen". Es sollte nachgewiesen werden, „daß bei vorübergehendem Mangel des Subjekts, sei es bei bereits gegenwärtigen oder bei zukünftigen Rechten, die passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestande auf die Außenwelt (Personen oder Sachen) ausübt. d. h. der Zustand rechtlicher Beschränktheit oder Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subjekt fortdauern oder eintreten können". Die rechtliche Stellung, welche das Recht für den Berechtigten zur Folge hat, nennt Ihering die aktive Seite, die Wirkungen desselben für ihn die aktiven Wirkungen des Rechts. Alle Rechte des Privatrechts, mit Ausnahme des Rechts der Persönlichkeit, begründen ein Rechtsverhältnis des Berechtigten zu etwas außer ihm. Alle diese Rechte seien also ihrem Begriff nach zugleich Rechtsverhältnisse, d. h. Beziehungen, in welche das Recht den Berechtigten zur Außenwelt setzt. Das Rechtsverhältnis nun sei die Form, in der das Recht den erwähnten beschränkenden Einfluß auf die Außenwelt ausübt; es sei das vom Gesetz anerkannte und geschützte Verhältnis der Zweckbestimmung des Rechtsgegenstandes (einer Person oder Sache) für einen bestimmten, durch den Begriff des betreffenden Rechts fixierten Zweck. Die behandelten

[1]) Jahrb. f. Dogmatik X. S. 387 ff.

Digitized by Google

Fälle bringt Ihering unter die Kategorie der passiven Gebundenheit als Zwischenstadium des Rechtes bei vorübergehendem Wegfall seines Subjektes, und unter die Kategorie der passiven Gebundenheit als Vorstadium und Schutzform zukünftiger Rechte. Das Gesamtergebnis der Abhandlung liegt in dem Gedanken: Die Gebundenheit der Person oder Sache ist die der aktiven Seite des Rechtes korrespondierende passive Seite desselben; im normalen Zustande des Rechts ohne Interesse gewinnt sie letzteres da, wo die aktive Seite vorübergehend oder zur Zeit noch fehlt, indem ihr hier die Aufgabe zufällt, den demnächstigen Eintritt des Subjektes in den unversehrten objektiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicher zu stellen. Ihering durfte nicht bloß auf Windscheid, sondern auch auf Köppen, Brinz und Fitting als Quasivorgänger hinweisen. Bekker[1]) machte außerdem auf B. Delbrück aufmerksam. Brinz ist an dieser Ideenrichtung vorzüglich durch die Theorie vom „Zweckvermögen" und von der „Haftung" beteiligt. Aber auch sonst finden sich in seinen Werken Sätze, welche hier von Interesse sind. So führt Brinz[2]) z. B. in der Lehre von den Rechten als Befugnissen und Mächtigkeiten aus: „Bei näherer Betrachtung aber wird sich zeigen, daß gewisse Privatrechte, und zwar die fundamentalsten von diesen, nämlich die ersten Abzweigungen aus der ursprünglich allumfassenden Manus (patria potestas, manus, Eigentum), zuvor und wesentlich etwas anderes, nämlich die durch Mein und Dein ausgedrückte Verbindung einer Person oder Sache mit einer bestimmten Person (der Sache auch mit einem bestimmten Zwecke) sind, während die öffentlichen Rechte und die Abzweigungen aus dem Eigentum (jura in re und vielleicht auch die Obligationen) etwas mehreres als Befugnisse und Machtvollkommenheiten allerdings nicht sind, wiewohl auch sie auf Verbindungen zurückgehen,

[1]) System I. S. 51.

[2]) Lehrb. d. Pandekten I². S. 209 f.

Digitized by Google

jene auf gewisse Personen-Verbindungen, diese auf das Eigentum, das ja wesentlich Verbindung ist." Bekker[1]) scheidet den Rechtsbegriff in zwei Elemente und stellt das „Recht an sich" oder den „Bestand des Rechts", der „Zuständigkeit" desselben, der „Beziehung zum Rechtssubjekt" gegenüber. Sein Pandektensystem[2]) enthält wichtige Darlegungen über den objektiven Rechtsbestand: alle Rechte an Objekten können objektiven Bestand in sich schließen, der nach Umständen auch für sich allein zu stehen vermag. In dem Aufsatz über den Entwicklungsgang der römischen Aktionen[3]) spricht Bekker von Rechtsverhältnissen, von Beziehungen, die nicht selber Vermögensstücke sind, nur der Boden, aus dem solche, und zwar Forderungen oder Schulden, erwachsen. Aufstellungen dieses Schlages lassen ersehen, daß die neuere Literatur unverkennbar bestrebt ist, sich von zu einseitiger Berücksichtigung der subjektiven Rechte und Rechtsverhältnisse frei zu machen. Dessenungeachtet sind die überkommenen Grundlagen im wesentlichen festgehalten. Und sie führen schließlich doch dazu, solche auffallende rechtliche Tatbestände nur als abnorme Einzel- und Ausnahmsphänomene für sich zu beurteilen, welche des Interesses und der Realität ermangeln, solange die Sachlage sich in regelmäßigen Bahnen bewegt. Auch wird der ganze umfangreiche Fragenkomplex kaum näher berührt.

Die fraglichen Erscheinungen sind aber auch in anderem Lichte betrachtet worden: als Fälle, in denen ein sonst durchs subjektive Rechtsverhältnis mehr oder weniger in den Schatten gestellter Grundbegriff bloßgelegt ist, den die herrschende Rechtstheorie nicht kennt. Die Rechtstheorie selbst derart begrifflich neu zu fundieren, hat V. Puntschart unternommen. Dessen Forschungen sind in

[1]) Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft II. S. 28 ff.
[2]) I. § 18, Beil. III; § 19, Beil. II.
[3]) Ztschr. f. Rechtsgeschichte (Rom. Abt.), XV. S. 207.

Digitized by Google

zwei Werken niedergelegt. Im ersten[1]) trachtet er induktiv mit besonderer Beziehung auf die Fragen der Gefahrnormierung bei Austauschobligationen zu erweisen, daß im Gegensatz zur nachrömischen und modernen Rechtslehre die alten römischen Juristen bei ihren Operationen von Grundelementen ausgehen, in welchen nicht bloß die von der neueren Rechtsliteratur geforderte Fähigkeit sukzessiver Entstehung und nachfolgender innerer Änderungen sich wirklich vorfindet, und alle rechtliche Wirksamkeit — auch die vor Entstehung der beabsichtigten subjektiven Rechte vorhandene — gegründet ist, sondern aus welchen auch alle beabsichtigten und nicht beabsichtigten subjektiven Rechte unmittelbar hervorgehen. Und wie diese Grundelemente entstehen können, ohne sofort die beabsichtigten subjektiven Rechte erzeugen zu müssen, so können sie auch nach teilweisem oder gänzlichem Abfall derselben noch fortbestehen. Diese Grundverhältnisse werden „konkrete objektivrechtliche Rechtsverhältnisse" genannt und in dingliche, obligatorische, familien- und erbrechtliche gegliedert. Sie verhalten sich zu den aus ihnen entstandenen subjektiven Rechten, wie die Grundbegriffe zu den Folgebegriffen. Im zweiten Werke[2]) hat die leitende Idee weiteren Ausbau erfahren. Dasselbe will zur praktischen Bewährung der Ergebnisse an den in der modernen Theorie der subjektiven Rechte gegründeten und unerledigten, die privatrechtlichen Grundbegriffe betreffenden Streitfragen den Nachweis erbringen, daß einerseits zur befriedigenden Beantwortung dieser Fragen die moderne Rechtstheorie nicht ausreicht, andererseits dieselben durch die Anwendung der gewonnenen Ergebnisse sich unschwer be-

[1]) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts (1885).

[2]) Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel (1893).

Digitized by Google

antworten lassen. Durch die Anwendung der Rechtsnorm auf bestimmte Personen, auf bestimmte Sachen werden die Personen miteinander, die Personen mit Sachen zu bestimmten Zwecken rechtlich verbunden. Aus solcher Rechtsanwendung entstehen also Rechtsverbände mit der Eigenschaft von rechtlichen Zweckverbänden. Der Terminus „Rechtsverband" tritt an die Stelle des früher gewählten, nicht sonderlich glücklichen Ausdrucks. Grundbegriffe bezeichnend, sollen die Rechtsverbände Sicherungsmittel zur Erreichung ihrer Zwecke sein. Dabei handelt sich's um die Befriedigung der verschiedenen Lebensinteressen der rechtlich verbundenen Personen. Weil nun diese Befriedigung durch die subjektiven Rechte geschieht, welche aus den Rechtsverbänden hervorgehen und die Ihering geradezu als rechtlich geschützte Interessen definiert hatte, so hängen die subjektiven Rechte mit den menschlichen Lebensinteressen untrennbar zusammen. Das subjektive Recht ist die vom angewandten objektiven Recht den Personen gewährte Macht zur Verwirklichung des Zweckes oder der Zwecke des Rechtsverbandes, oder die rechtliche Macht zur Verwirklichung der Interessen derjenigen Personen, für welche der Rechtsverband besteht. Die subjektiven Rechte und Pflichten entstehen unmittelbar nur aus dem Rechtsverbande, nicht aus jenen rechtlichen Vorgängen, die wir juristische Tatsachen, Tatbestände nennen, durch welche nur die Anwendung der Rechtsnorm vermittelt wird. — Die konstruktive Grundidee: Rechtsnorm — Anwendung derselben im Rechtsverbande unter Vermittlung der juristischen Tatsache — Entstehung des subjektiven Rechtes erst aus dem Rechtsverbande, hat V. Puntschart so klar herausgearbeitet, daß es mit Worten, nicht mit der Sache rechten hieße, wollte aus einigen nicht ganz einwandfreien sprach-

Digitized by Google

lichen Wendungen[1]) auf ungenügende Auseinanderhaltung von objektivem Recht und Rechtsverband geschlossen werden. — E. J. Bierlings „Juristische Prinzipienlehre" klingt stellenweise an die Theorie der Rechtsverbände an. Sachlich gleich hingegen ist der leitende Gedanke in F. X. Affolters „Römischem Institutionen-System"[2]). Nur redet dieser Autor vom „objektiven Rechtsverhältnis". Die terminologische Abweichung[3]) bedeutet indessen eine Verschlechterung, auch gegenüber V. Puntscharts ursprünglich gewählter Bezeichnung.

Von Germanisten sind gleichfalls Theorien aufgestellt und Äußerungen getan worden, welche in diese Richtung einschlagen. Hierher zählen insbesondere H. Siegels „Versprechen als Verpflichtungsgrund" und die Theorie der „Haftung". Auch Gierke dürfte wenigstens ein ähnlicher Gedanke vorgeschwebt haben, wenn wir im „Deutschen Privatrecht" lesen, daß es „vom Dasein eines Subjektes unabhängige rechtliche Beschaffenheiten und Verknüpfungen von Objekten" gebe; allein das seien keine Rechte und Pflichten, sondern „von der Rechtsordnung zubereitete Unterlagen von Rechten und Pflichten"[4]). Und weiter: die deutsche Rechtswissenschaft müsse namentlich die vom deutschen und modernen Recht ausgebildeten „Beziehungen zwischen Sachen und Sachen" unbefangen würdigen[5]). „Das deutsche Recht erkennt — rechtliche Verbindungen von Sachen mit

[1]) Z. B. S. 9: „Die Erscheinungsform des angewandten objektiven Rechtes ist aber eben der Rechtsverband". Natürlich soll es hier und anderwärts richtiger heißen „Anwendung des o. R.", weil der Rechtsverband nicht das objektive Recht selbst ist und sein kann, sondern dessen Anwendung in einer rechtlichen Verbindung zu Zwecken, in welchen die Zwecke der abstrakten Rechtsordnung konkretisiert erscheinen.

[2]) Einleitender Teil (1897).

[3]) Zur Kritik dieses Terminus s. Binder in der Münchener Krit. Vjschr. XLIV. S. 303f.

[4]) I. S. 257 N. 1.

[5]) I. S. 267.

Digitized by Google

Sachen als wirksam an". Es existiert ein „Rechtsband" [1]). Andere wichtige Sätze Gierkes werden unten zur Sprache kommen.

Obschon ich die Probleme der Rechtstheorie seit einer Reihe von Jahren verfolge und sich bisher mehr als einmal Gelegenheit geboten hätte, dazu offen Stellung zu nehmen, glaubte ich doch Zurückhaltung üben zu sollen, bis ich mir eine tiefere Erkenntnis in den Hauptfragen des ganzen deutschen Privatrechtssystems verschafft haben würde. Nun dies im wesentlichen geschehen, wage ich, mit einigen Strichen zu zeichnen, was ich gestützt auf meine Studien betreffend den juristischen Aufbau deutscher Rechtsverhältnisse für richtig halte. Vorausgeschickt sei die Bemerkung, daß ich nicht im entferntesten behauptet haben möchte, die ältere deutsche Gesellschaft hätte ein klares Bewußtsein dieser Dinge besessen [2]). Dergestalt zu theoretisieren und zu abstrahieren, war nie Sache eines Gesetzgebers, Richters oder Schöffen, auch nicht eines juristischen Schriftstellers im deutschen Altertum, geschweige denn Sache des schlichten Mannes aus der großen Masse des Volkes, der im „Umstand" seine Thingpflicht erfüllte. Wohl aber bin ich zur Überzeugung gelangt, daß das deutsche Rechtsleben des konstruktiven Gedankenganges, wie ich ihn nunmehr skizzieren werde, bedarf, um wissenschaftlich erfaßt zu werden; daß die Theorie an deutschrechtliche Gedanken anknüpfen kann, wenn sie sich auf diesen Weg gewiesen sieht.

Ich halte dafür, daß bei aller Anerkennung des lebensvollen Charakters der germanischen Rechtsidee die Rechtstheorie des Germanisten nicht einseitig subjektivrechtlich sein darf. Wohl verkörpern Befugnis und Pflicht

[1]) II. S. 2.

[2]) Die romanistischen Vertreter der Theorie der „Rechtsverbände" bzw. der „objektiven Rechtsverhältnisse" schreiben ihre Konstruktion bereits den alten römischen Juristen zu. Ob das durch die römischen Quellen sicher bestätigt wird, darüber darf ich mir kein Urteil erauben.

Digitized by Google

den Lebensnerv des Rechtssystems: allein gerade das deutsche Recht spendet ein imposantes Material für Aufdeckung und Klarstellung eines Rechtsverhältnisses, welches nicht subjektivrechtlich gedacht ist. Auch letzterem Tatbestande darf der Name „Rechtsverhältnis" nicht versagt werden. Aber auf den Namen kommt es weniger an. Im Vordergrunde steht die Sache, welche dazu auffordert, das subjektive Recht nicht unmittelbar aus dem objektiven ins Leben treten zu lassen, sondern unter Vermittlung von Grundelementen nach Art jener, welche die Theorie der rechtlichen Zweckverbände verwertet. Freilich darf auch da nicht übers Ziel geschossen werden. Die Wahrheit gebietet Vermeidung von Einseitigkeit in jeder Richtung.

Ausgangspunkt und Grundlage im Aufbau deutscher Rechtsverhältnisse bildet das objektive Recht[1]). Kein „Recht" ohne das Bestehen von normierenden Sätzen, welche zu beobachten sind, mochte auch ihre Existenz in Zeiten, wo dem Menschen noch ein weniger entwickeltes Abstraktionsvermögen eigen, so recht erst in der praktischen Durchführung[2]) zu Empfindung und Bewußtsein gelangt sein. Die Wissenschaft darf es nicht hindern sorgfältig zu scheiden, wenn das ältere Recht den Eindruck erweckt, als hätten objektives und subjektives Recht einander in unlöslicher Mischung durchdrungen, als wären Rechtssätze in Rechtsverhältnissen und Rechtsverhältnisse in Rechtssätzen stecken geblieben und die Begründungstitel beider vielfach zusammengefallen[3]). Einer solchen Stellung des objektiven Rechtes entstammt z. B. die Terminologie des „Findens" und „Weisens" sowie die Vorstellung einer autoritären Kraft der Rechtsordnung. Diese

[1]) Insoferne, aber auch nur insoferne ist es richtig, wenn C. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen d. röm u. german. Rechte I. (1853), das Prinzip der Objektivität als Grundlage des germanischen Rechtes angesehen hat.

[2]) Praktische Durchführbarkeit gehört zum Wesen des Rechtes. Zu dieser Frage v. Amira, Vom Wesen des Rechts (Sonderabdruck a. d. Beil. z. Münchener „Allg. Zeitung" No. 284 v. 7. Dezember 1906) S. 15.

[3]) Gierke I. S. 112f.

Digitized by Google

Kraft wurzelt zuletzt in der praktischen Bewährung im Rechtsleben eines Personenverbandes. Sie wird erhöht, wenn ein gewaltiger Machthaber damit in Verbindung gebracht wird oder gar Gott selbst[1]). Schon hierin liegt, daß fürs Recht nicht vom Einzelmenschen auszugehen ist, sondern von einer Gesamtheit, bei den Germanen keineswegs bloß vom Staate[2]). Das Recht ist Erzeugnis des menschlichen Gemeinlebens, soziale Massenerscheinung, Massenbetätigung[3]). Zwar spielt das Individuum seine mehr oder minder wichtige Rolle bei der Entstehung von Recht. Seine Bedürfnisse, Interessen, Machtverhältnisse gestalten die Tatsachen, aus denen das Recht erwächst. Aber sein Tun und Treiben ist so lange etwas rein Tatsächliches, als noch nicht objektives Recht einer Gesamtheit besteht. Erst unter dieser Voraussetzung kann jenes rechtlichen Charakter gewinnen. Vom subjektiven Recht ist nicht auszugehen. Nur in einer Gesellschaft mit ihren Interessengegensätzen bilden sich Bedürfnis und Sinn für Ordnung, die im objektiven Recht liegt. Letzteres ist Harmonieerscheinung[4]), seine Entwicklung bedeutet Ausdehnung und Vertiefung der Harmonie. In der Richtung ist auch der Gerechtigkeitsbegriff[5]) zu suchen. Das Wort „Recht" besagt vorzüglich die Zueinander-, die Zusammenfügung („Fug und Recht")[6]). Vielleicht ist mit A. Affolter[7]) die Redeweise

[1]) „Got is selve recht" (Vorrede zum Sachsenspiegel).

[2]) Vgl. Gierke I. S. 119f; Amira S. 12ff.

[3]) Vgl. Amira S. 4f, 11, 18.

[4]) Amira, S. 9, 11, betont bei der Ordnung von Lebensverhältnissen die Entstehung durch Anpassung an die zurzeit förderlichste Lösung von Interessenkonflikten und die Erhaltung durch Abstoßung des Assimilationsunfähigen.

[5]) Dazu jetzt K. Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit (1907).

[6]) S. auch Löning S. 21. Das Wort entstammt der Bausprache. Sein Ursinn dürfte ein bestimmter Fall des „Geraden" sein: das Aufrechte. Hierüber meine kurzen Ausführungen in den Mitt. d. Inst. f. österr. Geschichtsforschung XXVIII. S. 366f. Insofern steckt im Wort auch der Sinn des praktisch Brauchbaren.

[7]) Untersuchungen über d. Wesen d. Rechts (1889) S. 39.

Digitized by Google

„ein Recht haben“ ursprünglich objektiv zu verstehen, nur als ein abgeleiteter Ausdruck zu deuten für: das Recht steht mir zur Seite, ich bin im Recht. Und so wird auch der Germanist zu jener bekannten Rechtsdefinition geführt, welche der römische Jurist Iuventius Celsus in so genial-präziser Weise gegeben und welche wohl richtig als harmonische Ordnung der Interessen und des Ausgleiches ihres Widerstreites erklärt worden ist. In dieser Auffassung des objektiven Rechtes liegt auch das Zweckmoment als treibende Kraft der Rechtsbildung beschlossen. Es herrscht das Zweckgesetz. „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“ (Ihering). Die Zweckmäßigkeit gehört ja zum Wesen alles Lebens, somit auch des Rechtslebens. Der Zweckgedanke ist mit einem erhabenen Standpunkt in der Betrachtung menschlicher Dinge durchaus vereinbar. So wichtig die Welt der Gefühle und Empfindungen für die Rechtsbildung ist, man kann nicht sagen, daß nur sie und nicht Vernunft und Zweck das Recht schaffen [1]). — Dem objektiven Rechte stehen die Tatsachen gegenüber, durch deren Vermittlung seine Anwendung erfolgt. Die Rechtsgebilde, welche nun zunächst, als erste Wirkung der Rechtsanwendung entstehen, enthalten konkrete rechtliche Zweckbestimmungen von Personen und Sachen. Die Zwecke der abstrakten Rechtssätze spiegeln sich in ihnen wieder; sie sind in konkrete Anwendung übergeleitet. Nicht umsonst nennt der Deutsche sowohl den Rechtssatz selbst unter Betonung des Zweckmomentes „Rechtsbestimmung“ als auch dessen konkrete Anwendung, auf Grund deren z. B. die

[1]) So Löning S. 26 ff. Über die Gefühlsjurisprudenz und die ihr verwandten Richtungen Brütt, § 6. Es ist übrigens sehr fraglich, ob nicht auch hier eine Teleologie, nur eine metaphysische, in Betracht zu ziehen ist. Vgl. Löning S. 11. Aber in den Urgrund unseres geistigen Wesens, worin die Rechtsidee wurzelt (Gierke), hinabzusteigen, mit dem Mystischen und Unbewußten zu operieren, kann kaum Sache des Juristen sein, der einer zugänglichen und greifbaren Sachlage bedarf.

Digitized by Google

Person A zum Zwecke B rechtlich bestimmt erscheint. Durch Anwendung der Norm ist ein bestimmter Zweck im einzelnen Falle festgelegt mit der Wirkung, daß er bereits vor seiner Realisierung die menschliche Handlungsweise beeinflussen kann, ein Zuwiderhandeln denkbar und von rechtlichem Belang ist. Der deutschrechtliche Begriff des „Haltens" eines Rechtsgeschäftes hängt damit zusammen. Es läßt sich quellenmäßig nachweisen, daß unsere ältere Rechtssprache „Recht" auch bloß im Sinne der „rechtlichen Bestimmung zu etwas" gebrauchte [1]). Sachlich ist es gerechtfertigt, von rechtlicher Verbindung zu sprechen: durch Rechtsanwendung werden Personen mit Personen, Personen mit Sachen oder Sachen mit Sachen zu rechtlichen Zwecken miteinander verbunden. Der deutschen Rechtsüberzeugung ist der Gedanke des Verbundenseins und der Gebundenheit seit je geläufig [2]). Insbesondere sagt man „verbindliche" Kraft eines Gesetzes oder Rechtsgeschäftes. Sie stellt sich als die Fähigkeit dar, eine solche rechtliche Verbindung zu erzeugen. Sachlich würde sich der Ersatz des Wortes „Rechtsverhältnis" durch „Rechtsverband" empfehlen; denn ersteres Wort ist wenig befriedigend [3]). Indessen hat sich „Verhältnis" so eingebürgert, daß Bestrebungen, den Ausdruck zu beseitigen, kaum Aussicht auf Erfolg versprechen dürften. Vielleicht könnte man diese Gebilde rechtliche „Grund-" oder „Bestimmungsverhältnisse" nennen. Denn sie sind wirklich Grundbegriffe, und die reine rechtliche Zweckbestimmung hat hier

[1]) So kann „Recht" sowohl das Bekommensollen des Gläubigers wie das Leistensollen des Schuldners ausdrücken.

[2]) Die deutschen Rechtsquellen reden oft von „binden" und „lösen", nicht bloß im Haftungsrecht, sondern überhaupt z. B. auch im Familien- und Erbrecht. Heute spricht man von Staats„verband", „Verbands"-person, „Verbands"hypothek, „Verbindung" von Sachen usf.

[3]) Brinz, Archiv f. d. civ. Praxis LXX. S. 379, äußerte sich dahin, daß die Worte „Beziehung", „Verhältnis" an und für sich nichts besagen und zu den Wörtern gehören, welche sich bei fehlendem Begriffe einstellen.

Digitized by Google

selbständige Bedeutung: ihr Bestehen ist durch die Existenz von Recht und Pflicht im subjektivrechtlichen Sinne nicht bedingt. — Das objektive Recht und die erörterten Grundelemente verkörpern den juristischen Unterbau fürs praktische Rechtsleben. Für sich betrachtet, darben letztere des lebendigen, besonders des wirtschaftlichen Inhaltes. Angesichts der in der Rechtssprache hervortretenden Vorstellung des Maßes [1]) sind sie Maßen vergleichbar, die mit Inhalt noch nicht erfüllt sind. Wirkliches Leben strömt hinein, positiv „erfüllen“ [2]) sich ihre Zwecke erst durch die Entfaltung der Machtsphäre des Rechtes, die vom menschlichen Willen geleitet wird, durch die Entstehung von Machtbefugnissen und Pflichten in Rechtssubjekten. Die subjektiven Rechte bilden sich erst aus solchen rechtlichen Zweckbestimmungen und Zweckverbindungen heraus. Eine Willensherrschaft hat dann Rechtsnatur, wenn sie in einem rechtlichen Bestimmungsverhältnis wurzelt [3]). Das subjektive Rechtsverhältnis ist also nicht „das Rechtsverhältnis“ schlechthin, sondern jener Teil oder jene Phase in der Entwicklung des Rechtsverhältnisses, worin die rechtliche Herrschaft eines Subjektes zu Ausdruck und Geltung kommt. Die subjektiven Rechte sind nicht Grund-, sondern Folgebegriffe.

Diese Sätze kennzeichnen den konstruktiven Boden, dem die im folgenden vertretene Auffassung entstammt. Sie beanspruchen Geltung nicht bloß in einzelnen Teilen des

[1]) Z. B. „Maßregel“, „rechtmäßig“.

[2]) Man beachte im Deutschen die zahlreichen zum Teil schon uralten Rechtsworte, die den Gedanken des Anfüllens, des Vollen enthalten.

[3]) Windscheid geht mit A. Thon (Rechtsnorm u. subjektives Recht 1878) davon aus, daß der im subjektiven Recht gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten. Schuppe (D. Begriff d. subjektiven Rechts 1887) sieht den subjektiven Willen als das Prinzipale an; der objektive Wille eigne sich diesen nur an.

Digitized by Google

Privatrechtssystems und ausnahmsweise, sondern durchgängig und regelmäßig. Ein ergiebiges Feld für die Aufrollung der einschlägigen Probleme gewährt das altdeutsche Recht der Schulden und Haftungen. Meine diesbezüglichen, zunächst die ältesten südgermanischen Denkmäler behandelnden Untersuchungen, deren erste ich vorbereite, werden darauf einzugehen haben. In Sonderheit ist es das „Haften", welches nur aus diesem Gedankenkreis tiefer verständlich wird. Einerseits drückt diese Terminologie weder das subjektive Recht noch die Pflicht (im heutigen Sinn) aus; andererseits kann die „Haftung" der Entstehung eines subjektiven Pfandgläubiger- und Forderungsverhältnisses zeitlich vorausgehen und gegeben sein, auch wenn dieses gar nicht ins Leben träte. Die sogenannten „Pfandrechte an eigener Sache", echte Kinder der germanischen Haftungsidee, sind nun in der Richtung ungewöhnlich lehrreich, weil die angenommenen Grundelemente hier in seltener Reinheit — und nur sie bezeichnet da die Ausnahme — vorgeführt werden können.

Es soll die juristische Wesenheit der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld besprochen werden. Die Sachlage gestattete leider nicht, ihnen noch das sogenannte Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiff anzureihen. Trotzdem ich darauf verzichten mußte, bietet die Abhandlung dennoch nicht mehr als eine knappe Skizze. Die Umstände verboten, alle Fragen heranzuziehen und die Literatur erschöpfend zu verwerten. Außerdem mußte ich mir versagen, die Theorie durch Einflechtung praktischer Fälle zu beleuchten und zu beleben.

I.

Führt das Rechtsleben verschiedener Völker und Zeiten unter gewissen Voraussetzungen zu einem juristischen Tatbestande, der auf eine Eigentümerhypothek hinauskommt, ohne daß die Rechtsordnung sie als ausdrücklich geregelte Einrichtung kennen muß: so nimmt die Eigentümerhypothek

Digitized by Google

im gegenwärtigen Deutschen Reichsrecht nach dem Vorbilde deutscher Partikulargesetzgebung letztere Stellung ein. Das Institut soll das berechtigte Interesse des Realkredites wahren und fördern, weiter verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigentum erwachse [1]). Die Eigentümerhypothek ist ein praktisches Bedürfnis im Hinblick auf dritte Personen als Pfandgläubiger, deren Interessen mit denen des Grundstückeigentümers kollidieren. Das Institut der Offenhaltung der Stelle verfolgt den gleichen wirtschaftlichen Zweck, kann ihn jedoch dann weniger befriedigend erfüllen, wenn das Kreditbedürfnis nicht sogleich hervortritt oder zunächst vergeblich sich betätigt. Dem Einwurfe gegen die Eigentümerhypothek, ein besonderes Recht des Eigentümers außerhalb des Eigentums sei an der eigenen Sache undenkbar, ward durch den Hinweis auf die wertvollen Vorteile begegnet, welche die vollinhaltliche Ausübung nach Veräußerung des Grundstückes und im Falle der Beibehaltung des Eigentums das Verfügungsrecht zu Gunsten eines Dritten bedeuten.

[1]) Motive z. d. Entwurfe e. BGB. III. S. 203 ff. Vgl. auch Denkschrift z. Entw. (1896), S. 214 f. In Anbetracht der Abhängigkeit der Sicherheit des Gläubigers vom Rang der Hypothek in der Reihenfolge der Eintragungen soll der Eigentümer die Möglichkeit haben, die nämliche Sicherheit, welche die alte Hypothek dem Gläubiger verschaffte, zur Befriedigung eines weiteren Kreditbedürfnisses an einen neuen Gläubiger zu vergeben. Diese Möglichkeit ist aber nur dann vorhanden, wenn dem Eigentümer die ungelöschte Hypothek zugeschrieben bzw. die Befugnis eingeräumt wird, über die Hypothek zugunsten eines Dritten zu verfügen, ganz abgesehen davon, daß die Eintragung einer neuen Hypothek mit Weiterungen und Kosten verknüpft ist. Wegfall einer Hypothek verbessert die Stellung des Inhabers einer nachstehenden Post. Wird dieser Erfolg schon mit dem Zusammentreffen der Hypothek und des Eigentums in derselben Person verbunden, so wird jener Vorteil dem nachstehenden Gläubiger aus dem dem Hypothekenrecht nicht unterworfenen Vermögen des Eigentümers zugewendet. Darin liegt aber eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Eigentümers, wenn nur dessen Grundstück dem Nachhypothekar haftet, sowie der Gläubiger, welchen der Eigentümer persönlich haftet, weil die Hypothek auf sein übriges Vermögen kein Vorzugsrecht begründet.

Digitized by Google

Die Eigentümerhypothek, nach dem geltenden Gesetz im Gegensatz zu Entwurf I keine Ausnahme, ist Hauptanwendungsfall des Grundsatzes[1]), daß ein Recht an einem fremden Grundstück dadurch nicht erlischt, daß der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Bestellung durch unmittelbare Eintragung ins Grundbuch auf den Namen des Eigentümers ist ausgeschlossen[2]). Nicht-Entstehen oder Erlöschen der Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, bewirkt, daß die Hypothek dem Eigentümer „zusteht" bzw. er sie „erwirbt". Bei Nicht-Ausschluß der Erteilung des Hypothekenbriefs steht sie bis zur Übergabe des Briefs an den Gläubiger dem Eigentümer zu[3]). Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek führt zum Erwerb derselben durch den Eigentümer[4]). Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner läßt die Hypothek insoweit auf ihn übergehen, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann. Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen, nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend machen. Der Befriedigung des Gläubigers steht die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person gleich[5]). Nach der Zivilprozeßordnung kann das Schicksal der Vollstreckung den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer zur Folge haben[6]).

[1]) BGB. § 889.

[2]) Arg. BGB. § 1115, 1117, a contrario § 1196. Über § 881 v. Schwind, Wesen und Inhalt d. Pfandrechtes (1899) S. 115f.

[3]) BGB. § 1163, 1117.

[4]) BGB. § 1168.

[5]) BGB. § 1164.

[6]) Wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet wird, oder wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet

Digitized by Google

Die praktische Bedeutung der Einrichtung[1]) macht das Interesse begreiflich, welches man dem Begriffe selbst seit jeher zugewendet. Aber die Literatur zeigt doch besonders auffallende und charakteristische Züge. Einmal die nicht vereinzelt auftauchende Empfindung von der juristischen Tragweite der Eigentümerhypothek[2]). Gefeiert als glänzendes Kunstwerk der Dogmatik, wird sie zu den allerwichtigsten Begriffen des ganzen Sachenrechts gezählt. Durch sie bekomme die ganze Materie das Gepräge. Sie sei Grundlage und Ausgangspunkt des Hypothekenrechtes. L. Mitteis hat das österreichische Hypothekenrecht so lange als rückständig bezeichnet, als es nicht die Eigentümerhypothek aufgenommen haben wird[3]). Um so stärkeren Eindruck macht ein zweiter Zug: die arge Zersplitterung der Meinungen, welche die nicht selten äußerst pessimistische Stimmung zu rechtfertigen

wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. § 868.

[1]) Rechtsprechung und Literatur lassen sie zur Genüge ersehen. Gewiß trifft es zu, wenn ihr P. v. Roth wirtschaftlich „die ausgedehntesten Funktionen" zuschrieb und E. Strohal sie für kein Produkt theoretischer Spekulation, sondern für eine der glücklichsten Schöpfungen erklärte, die ihre praktische Brauchbarkeit immer von neuem bewähre. Einzelne praktische Fragen sind vielfach behandelt. Beispiele: F. Bonschab in „Blätter f. Rechtsanwendung" LXVII. S. 457 ff.; Iwand in d. „Deutschen Juristenzeitung" VII. S. 221 f. Neuestens G. Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung u. der Grundschuld sowie die Hypothek u. die Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung (1907).

[2]) In der Anerkennung der theoretischen Wichtigkeit der Konstruktion herrscht wohl Übereinstimmung. Auch ihre praktische Wichtigkeit wird mit Recht vertreten, z. B. von Oberneck in Gruchot, Beiträge XLVII. S. 312. Anderer Meinung G. Planck BGB. III[2]. S. 128, 516.

[3]) Vor kurzem ging dem Herrenhause des österr. Reichsrates eine Regierungsvorlage „betreffend die Abänderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches" zu. Abschnitt III, Titel 5 handelt von der „Verfügung des Eigentümers über die Hypothek". Damit betritt die österreichische Gesetzgebung den Weg zur Eigentümerhypothek. Aber die Einführung der eigentlichen Eigentümerhypothek bedeuten diese Bestimmungen noch nicht.

Digitized by Google

scheint. Schon Puchta hatte von einem „monströsen Begriff“ gesprochen, der preußische Justizminister Leonhardt gleich Bremer[1]) Unkonstruierbarkeit angenommen. In Ansehung des BGB. sind seitens Staubs[2]) und Goldschmidts[3]) temperamentvolle Äußerungen in der Richtung gefallen. Und dennoch oder etwa wohl gerade deshalb eine Massenliteratur! Zwar dürfte für das BGB. vielleicht kaum gelten, was Förster einst für das Preußische Recht bemerkt hatte: daß diese Kontroverse weitaus die umfangreichste und bedeutendste im Gebiete des preußischen Privatrechtes sei, was die Zahl der Meinungen und Reichhaltigkeit der praktischen Kasuistik betrifft; aber mit Beschränkung aufs Pfandrecht[4]) mag dies auch für das BGB. seine Richtigkeit haben. Jedenfalls gewähren die Ansichten ein Bild wenig gesunder Mannigfaltigkeit[5]), die sich allerdings verringert, wenn nur die Grundgedanken ins Auge gefaßt werden. Man hat die Eigentümerhypothek von verschiedenen Seiten betrachtet, z. B. nicht nur vom juristischen, sondern auch vom wirtschaftlichen Standpunkte. Aus letzterem erklärt sich die „Werttheorie“. Ein „Wertrecht“[6]), schon von Bremer und anderen angenommen, sehen in der Eigentümerhypothek des Reichsrechtes, aber in verschiedener Weise Oberneck und Predari[7]). Goldschmidt[8]) bestimmt sie als ab-

[1]) Hypothek u. Grundschuld (1869), S. 5.

[2]) Gutachten a. d. Anwaltstande I. S. 407 f., 410.

[3]) Archiv f. Bürgerl. R. XX. S. 23 ff.

[4]) Vgl. F. Schollmeyer, Die Hypothek d. Eigentümers (Hall. Diss. 1874), S. 6.

[5]) Konstruktionsversuche finden sich zusammengestellt z. B. bei B. Lange, Die Eigentümerhypothek nach d. BGB. (Tübinger Diss. 1901) S. 59 ff.; Bruck S. 103—130; W. Kindel, Betrachtungen über d. Eigentümerhypothek (Festgabe d. jurist. Gesellschaft zu Berlin f. R. Koch 1903), S. 75 ff.; Gierke II. S. 922; H. Hirsch in Archiv f. Bürgerl. R. XXV. S. 230 ff.; R. Horn, Die Eigentümerhypothek (1906), S. 3 ff.; Planck III. S. 513 ff.

[6]) S. darüber J. Kohler in Archiv f. d. civ. Praxis XCI. S. 155 ff.; Gierke II. S. 857 f.

[7]) A. a. O. (und in anderen Publikationen), bzw. Grundbuchordnung S. 217 f. Zur Kritik des Wertrechtes etwa Lange S. 63; Goldschmidt

Digitized by Google

solute Verneinung des Pfandrechtsbegriffes, als Entlastung, als Gegenteil der Hypothek. Kindel[1]) nennt sie die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen, aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer eingetragenen, aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden. Sie sei ein Recht des Eigentümers. Nach Hirsch[2]) handelt sich's nicht um eine Hypothek, sondern um die zu bestimmtem Teil und Rang im Grundbuch verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers. Endemann[3]) nimmt ein als Grundpfandrecht fingiertes Eigentumsrecht an. Andere aber sprechen sich für ein wirkliches Pfandrecht, für eine wirkliche Hypothek aus[4]). So Lange[5]), Planck[6]) und Horn[7]). M. Hachenburg[8]) hatte in der Eigentümerhypothek in e. S. eine „Art der Hypothek" erblickt. Es fehle am Rechtssubjekt, während das Rechtsobjekt gegeben sei, es liege eine „unvollkommene Hypothek" vor, die erst der Vollendung harre durch Hinzutritt der aktiven Seite des Rechtes, der Eintritt der Verpflichtung ohne gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung, die Bindung der Sache ohne die Verbindung mit einer begünstigten Person. Horn[9]) bezeichnet diesen Konstruktions-

---

§. 32; F. Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. R.[8 u. 9], II. (1905) S. 736; Horn S. 28 ff., 53 f., 65.

[3]) S. 24 ff.

[1]) S. 79, 86 ff., 92.

[2]) S. 230.

[3]) II. S. 738.

[4]) Für die deutsche Partikulargesetzgebung G. Buchka, Die Hypothek des Eigentümers (1875).

[5]) S. 17 ff.

[6]) III. S. 513 f.

[7]) S. 49 ff., 52, 61.

[8]) Beiträge z. Hypotheken- u. Grundschuldrecht d. Entw. e. BGB. (1895) S. 7 ff., 20 ff.; Vorträge über d. BGB.[2] (1900) S. 522 ff. Gleicher Meinung J. Biermann, Das Sachenrecht d. BGB. (1898) S. 223.

[9]) S. 46 f.

Digitized by Google

versuch als den am meisten bestechenden. Doch sei die Eigentümerhypothek nicht deshalb eine „unvollkommene" Hypothek, weil ein Rechtssubjekt fehle, sondern weil wegen der Identität des Rechtssubjekts mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Ausübung der Rechte des Hypothekargläubigers in vollem Umfang unmöglich sei. Die Haftungstheorie ist durch Dernburg, Schwind, Bruck und Gierke vertreten. Dernburg[1]) unterstellt die Eigentümerhypothek einem einheitlichen Pfandrechtsbegriff. Die dingliche Belastung, aus dem Grundstücke eine Geldsumme zu zahlen, die Haftung für ein Leistensollen, sei auch hier begründet. Nur sei das Leistensollen ein eventuelles für den Fall, daß die Eigentümerhypothek künftig in eine andere Hand gerate als das Eigentum, oder auch daß mittels der Zwangsvollstreckung Erträgnisse auf die Post entfallen, welche dem Eigentümer gebühren. Schwind[2]) sagt: Der Eigentümer, dem eine Eigentümerhypothek zusteht, hat nicht nur kein jus in re aliena, er hat auch keine Forderung, es besteht keine Haftung des Gutes, er hat kein Exekutionsrecht, es fehlt ihm also jedenfalls nicht wenig von den Rechten, die nach der communis opinio als der Kernpunkt hypothekarischer Rechte gelten. Schwind findet darin eine „Tabularform", um das Vorrücken der später Eingetragenen zu verhindern. Inhalt des Eigentümerrechtes ist ihm nicht die Haftung; diese komme als Haftung für eine eventuell erstehende Schuld nur indirekt, als Ursache dafür in Betracht, daß die späteren Pfandgläubiger nicht vorrücken können. Im Inhalte des Eigentümerrechts liege lediglich ein Dispositionsvorbehalt an der bestimmten Wertquote. Bruck[3]) versteht die Eigentümerhypothek im Sinne der Grundstückshaftung für eine eventuelle Schuld. Sie bedeute die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteiles

[1]) Das bürgerl. Recht d. Deutschen Reichs u. Preußens III[3]. (1904, S 617.

[2]) S. 124, 145 f.

[3]) S. 130 ff.

Digitized by Google

des Grundstücks, der gehaftet hatte. Gierke[1]) operiert mit der Unterscheidung der subjektiven und objektiven Seite des Rechtsverhältnisses. Subjektiv liege lediglich ein Eigentumsbestandteil vor; objektiv aber sei das Eigentümergrundpfandrecht in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes verselbständigt; das dingliche Schuldverhältnis sei nur objektiv vorhanden, während es subjektiv ruhe. In meiner „Grundschuld"-Studie[2]) widmete auch ich dem Gegenstande einige kurze Sätze, welche die Zustimmung Brucks[3]) gefunden haben. Ich bemerkte: Die Eigentümerhypothek ist nichts als Haftung des Grundstücks für eine eventuelle Schuld. Es ist ein großer Fehler, hier schon von Recht und Pflicht zu sprechen. Nur eine Pfandbestimmung liegt vor und nur vom Standpunkte der Haftung im Sinne des Einstehens läßt sich dieses Rechtsgebilde begreifen und konstruieren.

Wenn in einer wissenschaftlichen Frage ein Grundbegriff Berücksichtigung fordert, für den in der herrschenden Theorie kein Platz ist, so wird die Literatur über diese Frage sehr leicht, ja fast notwendig jene Züge aufweisen, deren ich oben[4]) gedacht. Denn einerseits wird es naheliegen, daß man den fundamentalen Wert des Problems mehr oder weniger fühlt. Andererseits wird dasselbe ungewöhnlich viel Streit erzeugen müssen. Bei der Eigentümerhypothek ist die Sachlage in der Tat so beschaffen.

Die Rechtswissenschaft hat es nicht selten mit Rechtsverhältnissen zu tun, welche erst in Bildung begriffen sind, von denen vorderhand bloß einzelne Bestandteile gegeben sind, wogegen andere, z. B. gerade das Rechtssubjekt, noch fehlen. Eine Rechtstheorie, welche vom subjektiven Recht ausgeht, begegnet überaus vielen Schwierigkeiten, wenn sie dieses bereits vorliegende rechtliche Etwas juristisch genau

[1]) II. S. 922 f.
[2]) S. 62 ff.
[3]) S. 130.
[4]) S. 125 f.

Digitized by Google

und klar präzisieren soll. Und so sind auch markante Erscheinungen des früheren und des gegenwärtigen deutschen Realkreditrechtes unverständlich und nicht zu würdigen, sofern es einseitig subjektivrechtlich aufgefaßt wird und speziell der germanische Haftungsbegriff nicht Verwendung findet. Die Theorie der subjektiven Rechte muß unter dem Pfand„recht" die rechtliche Machtbefugnis des Pfandgläubigers gegenüber dem Pfande verstehen. Ferner muß sie vom subjektiven Recht den Ausgangspunkt nehmen. In Anwendung auf die Eigentümerhypothek führt diese Theorie zu unlösbaren Schwierigkeiten. Der deutsche Gesetzgeber hatte denn auch gar nicht gewagt, die Hypothek ein „Pfandrecht" zu nennen, obschon hier das Grundstück in der Weise belastet ist, „daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist[1])." Nur an beweglichen Sachen und an Rechten gibt es ein „Pfandrecht[2])"; dabei wird der Berechtigung des Gläubigers, Befriedigung aus der Sache zu suchen, ausdrücklich Erwähnung getan. Daß eine Hypothek auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann[3]), war für die Terminologie nicht maßgebend, weil die analoge Bestimmung in § 1204 begegnet. Die Terminologie ist wesentlich durch den subjektiven Pfandrechtsbegriff diktiert, welcher auch die nicht glückliche Ausdrucksweise „zahlen aus dem Grundstück" verschuldet hat. Wie die Gesetzgebung, so beherrscht die subjektivrechtliche Theorie auch die Literatur, so daß selbst Anhänger des Haftungsgedankens vom subjektiven Pfandrecht, von der Befugnis ausgehen. Dernburg[4]) bestimmt das Pfandrecht überhaupt „als die Befugnis, wonach ein Vermögensgegenstand für

[1]) BGB. § 1113.
[2]) BGB. § 1204, 1273.
[3]) BGB. § 1113.
[4]) III. S. 609.

Digitized by Google

eine Schuld verhaftet ist, um ihrer Befriedigung zu dienen." Gierke[1]) definiert das Grundpfandrecht als „ein dingliches Recht, kraft dessen die belastete Sache dem Berechtigten für eine Geldleistung haftet, die vom jeweiligen Eigentümer an ihn bewirkt werden soll." Die Haftung wurzelt indessen in anderem Boden. Das subjektive Pfandrechtsverhältnis ist nicht das Primäre, sondern das Sekundäre; als Wirkung und Folge entwickelt es sich aus jenem Grundverhältnis, welches hier in Ansehung der Sache als Sachhaftung auftritt. Beweis dessen die Möglichkeit des Bestandes einer Haftung lange vor der Entstehung eines subjektiven Pfandrechtes. Das kann praktisches Bedürfnis sein, dem das BGB. Rechnung trug und tragen mußte. Indem das „Haften" als ein Grundbegriff ins Pfandrecht Aufnahme finden muß, wenn die Forderungen des Kreditlebens sich auch im wissenschaftlichen System widerspiegeln sollen, wird man sich noch ein Weiteres gegenwärtig zu halten haben: daß alle Pfandhaftung nach Begriff und Zweck einem Schuldverhältnisse dient, und insofern alles Pfandrecht „akzessorisch" ist, mag es in einem Recht einen noch so selbständigen Charakter haben; daß das Pfandrecht zwar nicht an den gleichzeitigen Bestand eines Schuldverhältnisses gebunden zu sein braucht, aber immer eine Abhängigkeit von letzterem seinem Zwecke nach besteht. Diese Sätze der Haftungstheorie harmonieren nicht mit der herrschenden Rechtstheorie. Allein an ihrer Hand lassen sich zahlreiche Streitfragen unschwer lösen. Die Eigentümerhypothek hört von hier aus auf, ein Rätsel zu sein.

Ein befriedigendes Ergebnis über die Eigentümerhypothek setzt Klarstellung des Sachverhaltes hinsichtlich der Grundstückshaftung, des Verhältnisses zur Schuld, des subjektiven Pfandrechtes und der Rechtsstellung des Eigentümers voraus.

Die Eigentümerhypothek wird bei Vorhandensein des ge-

[1]) II. S. 851. S. hingegen S. 852: „Das Recht auf Befriedigung tritt erst ein, wenn eine fällige Zahlung nicht erfolgt. Doch entspringt es aus einer schon vorhandenen dinglichen Gebundenheit, —."

Digitized by Google

setzlich vorgesehenen juristischen Tatbestandes geradenwegs durchs Gesetz begründet [1]). Unter Vermittlung der juristischen Tatsache vollzieht sich die Anwendung desselben, der in den abstrakten gesetzlichen Bestimmungen ausgesprochene Zweck erhält konkrete Gestalt: mit einem konkreten Grundstück verknüpft sich jetzt die rechtliche Zweckbestimmung der Haftung. Durch ihre Haftbarmachung ist die Sache in Bürgschaft versetzt, zum Pfand bestimmt worden. Die Eigentümerhypothek ist Sachhaftung einer bestimmten Wertschichte. Sie kann mit dem Gesetz Hypothek genannt werden, insoweit jede Hypothek Sachhaftung bedeutet. Demnach ist die Eigentümerhypothek als solche nicht mehr denn ein rechtlicher Sachzustand, Gebundenheit, Bestimmung der Sache zu einem rechtlichen Zweck, gleich der Hypothek für eine künftige Schuld, solange letztere noch nicht entstanden. Es handelt sich um jenes Grundelement, von dem oben [2]) die Rede war. Dasselbe erscheint hier im öffentlichen Buch formalisiert. Denn die Entstehung der Eigentümerhypothek bedarf der Eintragung ins Grundbuch, soll dieses nicht unrichtig werden [3]). Eine Reihe von Äußerungen in der Literatur beweist, wie sehr man seit langem das Richtige ahnte. Wir lesen von der Eigentümerhypothek z. B., daß sie „als eigentümlicher Rumpf" des früheren Verhältnisses fortbestehe [4]); daß „die Vollendung des in der Entstehung begriffenen Rechtsverhältnisses" oder „die völlige Aufhebung des im Untergang begriffenen Rechtsverhältnisses" ungewiß sei [5]); daß ein „ruhendes Recht" gegeben sei, die Rechtsordnung im Hinblick auf den spezifischen rechtlichen Zweck des Institutes

[1]) Über Ausschluß oder Einschränkung ihres Eintrittes durch Einigung der Beteiligten s. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht I. (1900), S. 689.

[2]) S. 112 ff., 119 ff.

[3]) S. darüber Dernburg III. S. 646.

[4]) Scholler in Gutachten a. d. Anwaltstande I. S. 365.

[5]) Skonietzki in Gruchot, Beiträge XXVII. S. 567 f.

Digitized by Google

der Hypothek „das konkrete hypothekarische Rechtsverhältnis aufrecht erhalte“ [1]); daß „ein in der Entstehung begriffenes Recht bereits vor der Vollendung seines gesetzlichen Tatbestandes Wirkungen äußere“ [2]); daß sie „Erscheinungsform eines vorübergehenden Zustandes der Rechte“ sei [3]). Im Hintergrund solcher und ähnlicher Wendungen scheint ein dem hier vertretenen verwandter Gedanke zu stecken. Wenigstens ich vermag ein derart vorgestelltes Schicksal des Rechtsverhältnisses nur auf dem Wege begrifflicher Scheidung von rechtlicher Zweckbestimmung einerseits und subjektiver Willensmacht bzw. Willensgebundenheit andererseits zu begreifen. In erhöhtem Maße gilt dies von Hachenburgs „unvollkommener Hypothek“. Aber schon Ihering hatte in seinen „Passiven Wirkungen der Rechte“ gelehrt [4]), daß in der Eigentümerhypothek „der Keim des Rechtes“ bereits gelegt ist. „Darauf zielt ja das ganze Institut ab, das für die Zukunft in Aussicht genommene Recht — vorzubereiten“. „Diese Sicherstellung des künftigen Rechts auf dem Wege der Eintragung wird ermöglicht vermittelst des uns wohlbekannten Mechanismus der Gebundenheit der Sache für einen künftigen Rechtszweck“. Nach Schott [5]) dauert hier das Pfandrecht „bloß nach seiner objektiven Seite“ fort, weil die im Pfandrecht begriffene Willensmacht schon in der Eigentumsmacht eingeschlossen sei. Ungemein bedeutungsvoll ist Gierkes Stellungnahme zum Problem [6]). Er spricht von rechtlichen Verhältnissen „objektiver Art“, welche ihm freilich nicht als „Rechtsverhältnisse“ i. t. S. erscheinen, da sie nicht Rechte und Pflichten begründen. Wohl aber kann ein solches Ver-

---

[1]) Kretschmar, Die Theorie der Confusion (1899), S. 217.
[2]) Hirsch S. 238.
[3]) Brinck S. 171.
[4]) S. 491 f.
[5]) Jahrb. f. Dogmatik XV. S. 30, 49.
[6]) II. S. 3 f, 922 f.

Digitized by Google

hältnis „als Grundlage eines Rechtsverhältnisses dessen objektiven Bestand in sich aufnehmen." „So erscheinen die Sachverhältnisse, in denen die Linien der auf sie gebauten Rechtsverhältnisse vorgezeichnet sind, als objektive Rechtsverhältnisse, auf die zum Teil sogar in der Gesetzessprache die Namen der durch sie vorbereiteten oder fortgeleiteten subjektiven Rechtsverhältnisse übertragen werden". Es ist „der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstücke gegeben", ein „objektives Verhältnis hergestellt". Horn[1]) kann nicht finden, daß Gierkes Anschauung eine entschiedene Förderung, eine Klärung des Grundbegriffes bedeutet. Die Betonung der objektiven Seite durch Gierke ist Horn unverständlich. Das ist vom Standpunkt der Theorie der subjektiven Rechte sehr begreiflich. Mein Standpunkt leitet jedoch zu höherer Einschätzung, zu gerechterer Wertung von Gierkes Theorie. Ich erblicke in ihr den Kernpunkt einer grundbegrifflichen Lösung der Eigentümerhypothek getroffen. Doch ist nach meiner Überzeugung jenes nicht subjektivrechtlich gedachte Verhältnis, welches Gierke mit vollem Recht zur Grundlage nimmt, ein einzelner Anwendungsfall, eine einzelne Erscheinungsform des fundamentalen Rechtsverhältnisses, von dem bei der Rechtskonstruktion allgemein auszugehen ist. Von Horn[2]) stammen übrigens gleichfalls mehrere in diese Richtung einschlagende Wendungen: „es sind bloß vorbereitende, interimistische Rechtsverhältnisse, juristische Platzhalter —". Das Recht zeige ein „transitorisches Moment", „Übergangscharakter". Schwinds „Tabularform" hat Widerspruch gefunden[3]), weil sie kein „Recht" sei. Allein diese Ansicht trifft insofern sicherlich das Wahre, als

[1]) S. 65 ff.

[2]) S. 61.

[3]) M. Pappenheim in der Münchener Krit. Vjschr. XLII. S. 518 f. Bruck S. 129 f.; Horn S. 50.

Digitized by Google

in der Tabularform die Sachhaftung steckt, welche wirklich kein subjektives Recht ist. Noch eine Theorie gewinnt in diesem Zusammenhang an Interesse. Matthiaß [1]) lehrt, daß die Grundform, in der die prinzipielle Natur des Grundstückpfandrechtes am reinsten hervortritt, die der Eigentümerhypothek ist. Und Lange [2]), der auch auf Ostermeyer verweist [3]), ist zum Ergebnis gelangt, daß jedes Grundstückpfandrecht im Grunde genommen Eigentümerpfandrecht ist, daß dieses den Ausgangspunkt alles Pfandrechtes, Grundlage, Ursprung, Urquell jeder pfandrechtlichen Belastung darstellt. Dahinter verbirgt sich die Wahrheit, daß die Sachhaftung Grundelement alles Pfandrechtes ist, und daß dieses bei der Eigentümerhypothek in voller Reinheit sich zeigt. Die Theorie der Rechtsverbände hat auch zur Eigentümerhypothek das Wort ergriffen [4]) und ausgeführt, wie durch Verwertung des Rechtsverbandes die Frage geklärt werden kann.

Jede Haftung setzt mindestens begrifflich eine Schuld voraus. Demgemäß hängt die in der Eigentümerhypothek verkörperte Sachhaftung mit einer Schuld zusammen. Sieht man auf den Zweck, hat auch diese Einrichtung mit irgendwelcher „Selbständigkeit" der Hypothek in dem Sinne, daß die Hypothek jeglicher Beziehung zu einer Schuld entraten könnte, nichts zu schaffen. Doch ist das subjektivrechtliche Schuldverhältnis etwas Künftiges, Eventuelles [5]). Es findet seinen Platz im Rahmen künftiger, eventueller Kreditoperationen des Eigentümers. Die Eigentümerhypothek ist nur ein vorbereitendes Geschäft für solche Operationen. In seiner vortrefflichen Erörterung der Gemeinsamkeit der Grundstückspfandrechte bejahte Dernburg [6]) die

[1]) Lehrb. d. Bürgerl. Rechts II [1]. (1900), S. 2, 141 ff.
[2]) S. 29 ff., 60, 64.
[3]) S. 60.
[4]) V. Puntschart, Moderne Theorie S. 290 ff.
[5]) Vgl. Bruck S. 130, 152, 154.
[6]) III. S. 617.

Digitized by Google

Frage, ob auch die Eigentümerhypothek unter den von ihm entwickelten Pfandrechtsbegriff: Sachhaftung für eine Pfandschuld, falle. „Die dingliche Belastung, aus dem Grundstücke eine Geldsumme zu zahlen, die Haftung für ein Leistensollen ist auch hier begründet. Nur ist das Leistensollen ein eventuelles für den Fall, daß — die Eigentümerhypothek künftig in eine andere Hand gerät als das Eigentum, oder auch, daß mittels der Zwangsvollstreckung Erträgnisse auf die Post entfallen, welche dem Eigentümer gebühren." Mit Recht leugnet Dernburg, daß eine gegenwärtige dingliche Belastung für ein eventuelles Leistensollen etwas Befremdendes wäre; er verweist auf die Hypothek für eine künftige Forderung[1]). An Dernburgs Aufstellung findet Schwind[2]) die Wahrung der Einheitlichkeit gewinnend. Bezüglich des ersten Falles stimmt er Dernburg zu, bezüglich des zweiten aber vermag er nicht anzunehmen, daß das eventuelle Leistensollen in der Zuweisung aus dem Erlöse liegt, den die Zwangsvollstreckung ergibt. Es ist in der Tat irrig, wenn Dernburg darin ein Leistensollen sieht, denn es handelt sich nicht um eine Haftungsrealisierung für ein Leistensollen, sondern der Eigentümer erhält einfach einen Wertteil seines Eigentums, welches gehaftet hatte, in Geld zurück, ohne daß es zur Entstehung eines Leistensollens gekommen wäre[3]). In die Schuldfrage spielt die Unterscheidung zwischen „Hypothek des Eigentümers" und „Eigentümerhypothek" herein[4]). Andere Namen dafür sind Eigentümerhypothek „im weiteren" und „im engeren Sinne", „forderungsbekleidete" und „forderungs-

[1]) Die Wahrheit, daß hier eine künftige Schuld in Betracht kommt, liegt der Theorie zugrunde, wonach alle Hypotheken für künftige Forderungen Eigentümerhypotheken sind. Hirsch S. 235.

[2]) S. 144.

[3]) Derselben Ansicht Bruck S. 129.

[4]) S. dazu Hachenburg, Beiträge S. 7 f.; G. Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht II. (1896), S. 111 ff.; Biermann S. 234 f.; Schwind S. 116 ff.; Bruck S. 146 ff., 195 ff., 207, 211, 213, 231 ff.; Oberneck S. 314 ff.; Dernburg III. S. 647; Gierke II. S. 924 N. 20; Planck III. S. 514.

Digitized by Google

entkleidete" Eigentümerhypothek. Doch hält Biermann wegen der Geringfügigkeit der praktischen Unterschiede besondere Namen kaum für nötig. Nach Gierke ist die Unterscheidung überflüssig. Oberneck und Planck wenden sich gegen die Bezeichnung „Hypothek des Eigentümers". Hypothek und Forderung können sich mit dem Eigentum vereinigen, dem Eigentümer stehen Hypothek und Forderung zu. Entweder erwirbt der Hypothekargläubiger das Eigentum. Das hat keinen Einfluß auf seine Gläubigerschaft, welche erhalten bleibt. Oder auf den Eigentümer geht die Hypothek zusammen mit der Forderung über[1]). Der mit dem Schuldner nicht identische Eigentümer erwirbt die Forderung beispielsweise durch Abtretung, durch Erbgang oder gemäß § 1143 durch Befriedigung des Gläubigers. In solchen Fällen liegt die „forderungsbekleidete" Eigentümerhypothek vor. Der Name führt irre, weil er zum Schlusse verleitet, die Hypothek sichere auch jetzt noch jene Forderung, deren aktives Subjekt der Eigentümer ist. Bei der Hypothek „einer Person" pflegt man an die Garantie zu denken, welche die Hypothek für ein gläubigerisches Bekommensollen dieser Person gewährt. Allein in unserem Falle besteht die Sachhaftung zwar im Interesse des Eigentümers, aber nicht zur Sicherung seines gegenwärtigen Bekommensollens, sondern einer künftigen Forderung. Die eigene Sache kann nicht für die eigene Forderung einstehen. Operiert also der Eigentümer mit dieser Haftung, mit „seiner Hypothek", so tut er es nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger. Wohl bürgt das Grundstück, aber nicht dem Eigentümer als gegenwärtigem Gläubiger, sondern für eine künftige, eventuelle Schuld. Bei der sogenannten „forderungsbekleideten" Eigentümerhypothek besteht somit in Wahrheit während der Dauer dieses Verhältnisses keine Forderung, an welche sich die Hypothek anlehnen könnte.

---

[1]) Die einzelnen Fälle sind in der Literatur vielfach zusammengestellt.

Digitized by Google

Deshalb ist angesichts des Grundschuldbegriffes des Reichsrechtes durchaus verständlich, daß BGB. § 1177 Abs. 2 normiert: „Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften". Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so ist der Tatbestand der „forderungsentkleideten" Eigentümerhypothek gegeben. Die Gruppe dieses Namens fällt unter II, weil ihr das Gesetz Grundschuldcharakter zuschreibt. Hier habe ich aber zu bemerken, daß die wissenschaftliche Theorie die Fälle dieser Gruppe nach meinem Dafürhalten dann als Eigentümerhypothek beurteilen soll, wenn die Grundstückshaftung dazu benützt wird, eine Forderung im Sinne des Gesetzes[1]) zu sichern, wenn der Eigentümer beim Wofür der Haftung jenes Rechtsverhältnis ins Auge faßt, wegen welchem nach dem Gesetz die Hypothek Befriedigung zu verschaffen berufen ist[2]).

Die Eigentümerhypothek entbehrt des subjektiven Pfandrechtes. Ein solches kann erst zu Bestand und Entfaltung kommen, wenn Eigentum und Hypothek sich gezweit haben. Darum kann hier ein subjektives Pfandrecht nicht Grundlage für die Sachhaftung, nicht Ausgangspunkt sein, um zur Sachhaftung zu gelangen. Soweit in der Eigentümerhypothek der Pfandgedanke herrscht, ist sie kein „Recht" im subjektiven Sinne. Man spricht vom „Pfandrecht an der eigenen Sache". Diese widersinnige Ausdrucksweise, welche eine juristische Unmöglichkeit besagt, wurde durch die Theorie der subjektiven Rechte geprägt. Letztere vermag eben das Pfandrecht nur subjektivrechtlich als rechtliche

---

[1]) Ins Deutschrechtliche übertragen: ein durch die persönliche Haftung des Schuldners gesichertes Bekommensollen.

[2]) BGB. § 1113.

Digitized by Google

Willensmacht und Herrschaft gegenüber der Sache, als Rechtsbefugnis eines Subjektes aufzufassen, die Sache zur Befriedigung für sich in Anspruch zu nehmen, falls die Schuld-erfüllung ausbleibt oder nicht gehörig erfolgt. Ein derartiges „Recht" des Eigentümers an seinem eigenen Grundstück ist undenkbar, weil der Zweck des Pfandrechtes es ausschließt, daß die Pfandsache schon von vornherein im Vermögen des Pfandgläubigers steht. Die Haftungstheorie, welche dem Zweckmoment gebührend Rechnung trägt, wäre auch niemals zur Annahme eines Pfandrechtes an eigener Sache gelangt. Bei Anerkennung der herrschenden Rechtstheorie eröffnen sich in Ansehung der Eigentümerhypothek zwei Wege. Entweder wird das Pfandrecht in Abrede gestellt. Die Literatur weist zahlreiche energische Anhänger dieser Lehre auf[1]). Jedoch bereitet eine befriedigende Qualifizierung des juristischen Sachzustandes erhebliche Schwierigkeiten. Und werden sie durch Verwertung des Haftungsbegriffes überwunden, so tritt wieder der subjektivrechtliche Ausgangspunkt hemmend in den Weg, weil er hier scheitert. Eine Pfandhaftung, welche nicht in subjektiver Pfandberechtigung wurzelt, muß in einem Rechtsbau, dessen Grund- und Eckpfeiler das subjektive Recht und sein Verhältnis, als ein fremdes Element erscheinen. Indem Gierke seinem „objektiven" Verhältnis[2]) die Bezeichnung als „Rechtsverhältnis" i. t. S. versagt, sucht er die Frage mehr aufs terminologische Gebiet zu verlegen. Doch ist damit die Disharmonie keineswegs beseitigt, die das „objektive" Verhältnis ins System bringt, weil das System dafür keinen Platz hat. Es ist die Frage nicht beantwortet, welcher Art und Natur dieses objektive Etwas sei, welches eine Rechtswirkung in pfandrechtlicher Sphäre darstellt, aber nicht in einem subjektiven Pfandrechtsverhältnis fußt. Ein nicht bestehendes Pfandrecht kann überhaupt keine Wirkungen

[1]) Z. B. Ihering S. 491; Kretschmar S. 216; Schwind S. 124; Goldschmidt S. 24, 31; Oberneck S. 312ff.; Gierke II. S. 922f

[2]) Gierke II. S. 923 kennt auch ein „objektives" Schuldverhältnis.

Digitized by Google

äußern. Woher kommt also die fragliche Rechtswirkung? Die Antwort ist nur einer Rechtstheorie leicht, die nichtsubjektivrechtliche fundamentale Rechtsverhältnisse anerkennt. So häufen sich für denjenigen, welcher auf dem Boden der herrschenden Rechtstheorie steht, die Mißlichkeiten selbst dann, wenn er, wie richtig, ein subjektives Pfandrecht leugnet. Um so mehr Fährlichkeiten bedrängen die Forschung, wenn der zweite Weg beschritten wird, der Eigentümer zum Pfandgläubiger gemacht werden will. Die Annahme einer echten Pfandgläubigerschaft des Eigentümers müßte gerade vom Gesichtspunkte einer Rechtstheorie, die mit dem Willen operiert, scheitern[1]). Bliebe also die Fiktion. Obgleich die Jurisprudenz sie oft nicht missen kann, darf sie sich ihrer doch nur bedienen, wenn die Sachlage dazu zwingt. Im vorliegenden Falle ließen sich gewisse Eigentümerbefugnisse, indem man sich ans Äußerliche hält, immerhin in der Richtung der Fiktion deuten. Die Fiktion ist indessen unnötig, und darum muß sie entfallen. Zutreffend ist eine andere Erklärung.

Im Rahmen des Eigentümerhypothekenrechtes erschöpft sich die subjektive Rechtsstellung des Grundeigentümers in Eigentumsbefugnissen. Die subjektivrechtliche Sphäre ist ausschließlich Eigentumssphäre. In dieser Auffassung begegnen sich verschiedene Theorien: Der Eigentümer hat nicht besondere Berechtigungen, die ihm sonst nicht zukommen, er hat insbesondere nicht den Rang eines Pfandgläubigers[2]); dem Eigentümer wird zu seinem Eigentum nicht etwas hinzuverschafft, was im Eigentum nicht liegt, sondern es wird ihm etwas zurückverschafft, das ursprünglich im Eigentum gelegen

---

[1]) Gegen diese Annahme fällt vorzüglich BGB. § 1177 Abs. 2, § 1197 ins Gewicht, wonach der Eigentümer nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann.

[2]) Bremer S. 50.

Digitized by Google

hat[1]); die Rechte sind ins Eigentum zurückgekehrt oder in ihm verblieben[2]); das Eigentumsrecht hat die besonders ausgeprägte Gestalt eines Ausschließungsrechtes gegenüber den der offenen Stelle im Rang nachstehenden Grundpfandrechten[3]); als subjektives Rechtsverhältnis hat die Eigentümerhypothek keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand, dem Eigentümer wird keine Sachherrschaft gewährt, die nicht im Eigentum enthalten wäre[4]). Aber wenn dem so ist, wozu dann überhaupt die Eigentümerhypothek? Gewiß, das Bedürfnis nach ihr wäre nie entstanden, käme nur der Eigentümer allein und kämen nicht auch Dritte als wirkliche Pfandgläubiger in Frage. Ihnen gegenüber macht es jedoch einen gewichtigen Unterschied aus, ob die Eigentümerhypothek besteht oder nicht. Sie verleiht dem Eigentümer Rechtsvorteile, die er ohne die Eigentümerhypothek nicht besäße[5]). Also weicht die subjektive Rechtsstellung des Eigentümerhypothekars doch von der eines gewöhnlichen Eigentümers ab? Wenn dies auch nicht zu bezweifeln ist, so fällt damit doch nicht der Charakter der subjektivrechtlichen Sphäre als Eigentumssphäre. Ihre Befugnisse sind nur besonders gefärbt und besonders kräftig. Und diese charakteristische Färbung und Kraft strömt von dem speziellen Zweck aus, der das Grundstück zur haftenden Sache macht. Das Eigentum steht im Zeichen des Haftungszweckes, es empfängt seine subjektivrechtliche Ausgestaltung nach der pfandrechtlichen Zwecksphäre[6]). Weil die Sache im kreditrechtlichen Interesse ihres Eigentümers haftet, vermag

---

[1]) Bruck S. 132f., 143.
[2]) Kindel S. 82ff.
[3]) Endemann II. S. 735.
[4]) Gierke II. S. 922.
[5]) S. oben S. 123.
[6]) Gute Sätze über die Bedeutung des Zweckes bei G. Hartmann, Rechte an eigener Sache (1877), S. 77f.

Digitized by Google

einerseits dieser kreditrechtlich über sie zu verfügen und ist andererseits gegenüber Dritten als Pfandgläubigern die Grenze abgesteckt, wo ihre Aktion Halt machen muß. Die Festlegung des Zweckes macht das Eigentum in der Richtung stärker. Man kann mit Schwind von einem Dispositionsvorbehalt an der bestimmten Wertquote sprechen. Treffend sagt Endemann [1]) vom „Recht an der eigenen Sache“: es ist das für einen bestimmten Rechtszweck ausgeprägte und gegen Dritte verstärkte Eigentumsrecht. — Der Eigentümer ist befugt, durch Übertragung des Eigentums in die Hand eines Dritten eine vollwirksame Hypothek zu schaffen. Er ist ferner befugt, im Falle einer von dritter Seite geführten Zwangsvollstreckung mit Prioritätsrecht Auszahlung des Kapitalbetrages aus dem Erlöse eines Zwangsverkaufes oder Zahlung der Zinsen aus den Erträgnissen einer Zwangsverwaltung zu verlangen. Horn [2]) spricht von unvollkommener Hypothek, welche dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen, defensiven, aber nicht die positiven, aktiven Befugnisse eines besseren, vorangehenden Pfandrechtes gewährt. Die letzteren würden in der Anstellung der Pfandklage, in der Erwirkung der pfandrechtlichen Vollstreckung liegen, während die ersteren nur darauf beruhen, dem Eigentümer die Verfügung über die Hypothek, in welche er eingerückt, zu belassen und sowohl durch den Bestand der Eigentümerhypothek als auch durch die Möglichkeit ihrer Übertragung das Vorrücken nachfolgender Hypotheken sowie einen Anspruch derselben auf die eventuell auf die Eigentümerhypothek entfallende Erlösquote auszuschließen. Horn erklärt die subjektiven Rechte des Eigentümers aus einem dem Rang nach besseren, in seinen aktiven Befugnissen zwar suspendierten, in seinen Defensivwirkungen jedoch erkennbaren Pfandrecht. Den Beweis hierfür sucht er in dreifacher Richtung zu er-

[1]) II. S. 40.
[2]) S. 49 ff.

Digitized by Google

bringen: Vermag der Eigentümer nur als Hypothekargläubiger sich der nachstehenden Pfandrechte zu erwehren, so kann das Recht des Eigentümers nur ein dem Rang nach besseres, vorangehendes Pfandrecht sein; besteht nach erfolgter Zweiung von Hypothek und Eigentum, nach geschehener Übertragung der Hypothek oder des Eigentums die Hypothek als solche beim Dritten oder beim Eigentümer fort, dann muß sie als Hypothek mit geschmälertem Inhalt bis zu diesem Zeitpunkt bestanden haben; sukzediert der Grundeigentümer in die eingetragenen, materiell getilgten, formell aber noch bestehenden Posten, dann können sich Rechtsinhalt und Charakter des Rechtes, in welches der Eigentümer eingerückt ist, nicht verändert haben. — Das Fehlerhafte in Horns Anschauung leitet sich aus dem Mangel jenes rechtlichen Grundelementes her, ohne welches sowohl die Haftung wie die subjektiven Rechte des Eigentümers und ihr Verhältnis zueinander nicht scharf und klar erkannt werden können. BGB. § 889, von dem nach Horn[1]) die ganze Lehre von der Eigentümerhypothek ihren Ausgangspunkt zu nehmen hat, ist nur im Lichte solcher Grundverhältnisse juristisch gut verständlich. Wo Horn von bestehendem Pfandrecht redet, soll es Sachhaftung heißen. Die negativen, defensiven Befugnisse sind Eigentumsrechte zur Betätigung in der pfandrechtlichen Sphäre; sie wurzeln in jenem Grundverhältnis, welches in Ansehung des Grundstückes sich als Sachhaftung darstellt. Das Fehlen der positiven, aktiven Befugnisse erklärt sich aus dem Fehlen eines subjektiven Pfandrechtes. Die Hypothek mit geschmälertem Inhalt ist die Sachhaftung, zu der sich das subjektive Pfandrecht gesellt, wenn die Übertragung der Hypothek oder des Eigentums eine Pfandgläubigerschaft ins Leben ruft. Die Sukzession des Eigentümers in die Post bedeutet rechtliche Verbindung seiner Person mit dem Haftungsgegenstande zu kreditrechtlichem Zweck; auf diesem Ver-

[1]) S. 51.

Digitized by Google

bande beruhen alle Befugnisse des Eigentümers im Rahmen dieses Zweckes. Folgt einer vollwirksamen Hypothek eine Eigentümerhypothek und dann wieder eine vollwirksame Hypothek, so besteht in allen drei Fällen ein Rechtsverband zwischen dem Grundstück und der betreffenden Person, vermöge welches die Sache nach Maßgabe der bestimmten Wertschichte haftet. Während aber bei der vollwirksamen Hypothek eine subjektivrechtliche Pfandgläubigerschaft existiert, setzt diese bei der Eigentümerhypothek aus, und an ihre Stelle tritt ein im Interesse künftiger Kreditoperationen des Eigentümers speziell ausgestaltetes Eigentumsrecht. Wenn Horn [1]) auch die Eigentümerbefugnisse bei Anwendung von Zwang seitens Dritter im pfandrechtlichen Lichte sieht, so verweise ich auf meine oben [2]) ausgesprochene Auffassung. Mit Schwind [3]) ist zu konstatieren, daß die Ansprüche des Eigentümers gegen die Exekutionsverteilungsmasse nicht Ausfluß eines Haftungsrechtes sind: sie gründen sich nicht auf eine Pfandgläubigerschaft des Eigentümers. „Weil niemand Anderer ein Recht auf diese Wertquote erworben hat, also genau aus dem gleichen Titel wie bezüglich der Hyperocha, steht dem Eigentümer der Anspruch auf dieselbe, wie sein Verfügungsrecht zu."

Die subjektiven Rechte des Eigentümerhypothekars wurzeln in dem rechtlichen Zweckverbande von Sache und Person. Auf seiten des Grundstückes äußert sich der Rechtsverband in Gestalt der Sachhaftung für eine künftige, eventuelle Schuld, auf seiten des Grundeigentümers als rechtliches Verbundensein seiner Person mit dem Grundstück zu kreditrechtlichen Zwecken des Eigentümers. Sagt das Gesetz, daß die Hypothek dem Eigentümer „zustehe", so ist diese Zugehörigkeit juristisch als rechtliche Verbindung zu bestimmtem Zweck zu interpretieren. Wie in einem Keime liegt in ihr das ganze Rechtsverhältnis zum Nutzen des Eigentümers be-

[1]) S. 54 ff.
[2]) S. 136.
[3]) S. 144 f.

Digitized by Google

schlossen. Es entwickelt sich, wenn die Voraussetzungen dafür eintreten. „Erwerb" der Hypothek durch den Eigentümer ist Erwerb des Rechtsverbandes mit seinem Inhalt. Die Eigentümerhypothek ist wesentlich eine Erscheinungsform der fundamentalen Rechtsverhältnisse, aus welchen die subjektiven Rechte und Pflichten entspringen.

II.

Mit dem Gedankengange, der für die Eigentümerhypothek leitend war, ist auch die Bahn zum Verständnis des juristischen Wesens der Eigentümergrundschuld vorgezeichnet. Was über jene ausgeführt wurde, läßt sich mutatis mutandis auch auf diese anwenden. Die „Motive" [1]) erklären: „Was von der Hypothek gilt, wenn das Recht des Gläubigers an dem Grundstücke mit dem Eigentume in derselben Person zusammentrifft, muß auch für die Grundschuld gelten, da diese von jener nur dadurch sich unterscheidet, daß sie nicht zur Sicherung einer Forderung dient." Die praktischen Bedürfnisse und Interessen, welche die Eigentümergrundschuld schufen, sind bloß insoweit andere, als die Grundschuld aus Sonderströmungen des Kreditlebens herausgewachsen [2]). Im übrigen besteht kein Unterschied. Vor allem muß man sich auch hier gegenwärtig halten, daß das Bedürfnis nach einem vorbereitenden Geschäft für künftige kreditrechtliche Operationen des Eigentümers entscheidend war [3]). Demnach hat diese zweite Art des Eigentümergrundpfandes

[1]) III. S. 204.

[2]) Mein „Grundschuldbegriff" S. 110f.

[3]) Motive III. S. 792: Der praktische Nutzen, welchen die Zulassung der Begründung einer Grundschuld für den Eigentümer diesem gewährt, liegt in der rationellen Verwertung des Realkredites, welche durch sie ermöglicht wird. Bedarf z. B. jemand, dem ein von Hypotheken und Grundschulden nicht belastetes Gut im Werte von 100000 Mark gehört, eine Summe von 20000 Mark, so kann er dieses Kapital für denjenigen, welcher ihm dasselbe gibt, nur an der ersten

Digitized by Google

ebenfalls nichts zu tun mit dem gegenwärtigen Bestande einer Pfandgläubigerschaft des Eigentümers, einer wahren Grundschuld für den Eigentümer als Berechtigten, oder gar — wenn man den Namen des Institutes berücksichtigen wollte — mit einer Schuldnerschaft des Eigentümers.

Das Reichsrecht bestimmt, daß im Gegensatz zur Hypothek, welche eine persönliche Forderung voraussetzt, eine Grundschuld auch für den Eigentümer des Grundstückes bestellt werden kann [1]). Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung [2]). Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend [3]). Die „forderungsentkleidete" Eigentümerhypothek [4]) ist Grundschuld. Ist z. B. die Forderung, für welche die Hypothek

---

Stelle der betreffenden Abteilung des Grundbuchblattes eintragen lassen. Dies ist aber gegen sein berechtigtes Interesse, wenn die Verhältnisse des Geldmarktes so liegen, daß das Kapital zu mäßigen Bedingungen auch gegen Eintragung mit dem Range nach 40000 Mark zu bekommen gewesen wäre. Wird dagegen dem Eigentümer gestattet, die Grundschuld für sich selbst zu bestellen, so kann er den ganzen Gutswert durch Schaffung solcher Grundschulden erschöpfen und davon zunächst die minder sicheren unterzubringen versuchen, die besseren aber zur Benutzung in schwierigen Zeiten zurückzulegen.

[1]) BGB. § 1196. — Formular im „Formular-Magazin des Berliner Anwalt-Vereins", Probesortiment der Formulare für Notare 47.

[2]) BGB. § 1197.

[3]) BGB. § 1177 Abs. 1.

[4]) S. oben S. 138.

Digitized by Google

bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt[1]), besteht überhaupt ein Eigentümergrundpfand ohne Forderung: dann liegt eine Eigentümergrundschuld vor.

Man hat das juristische Wesen dieser Einrichtung verschieden zu erklären gesucht[2]), wobei natürlich die Stellung zum Grundschuldbegriffe selbst maßgebend ins Gewicht fällt[3]). Es wurde angenommen, daß ein dem Eigentümer vorbehaltener Wertteil ausgeschieden werde. Oder man erblickte in der Eigentümergrundschuld eine unvollendete Grundschuld, die durch Zession an einen Gläubiger zur Vollendung gelangt, oder durch Veräußerung des Objektes dem Veräußerer bleibt. Oder es wurde an eine Grundschuld gedacht, welche vollendet, aber in der Ausübung gelähmt ist, welche erst mit der Abtretung an einen Gläubiger oder mit Veräußerung des Objektes in Funktion tritt. L. Kühnast[4]) sieht gemäß seinem Grundschuldbegriffe in der Grundschuld des Eigentümers eine Manifestation des Eigentumsrechtes unter Kreierung eines spezifischen juristischen Apparates für das Recht der Grundrente. Nach Kohler[5]), welcher die Grundschuld als Wertrecht auf einen bestimmten summenmäßig darstellbaren Betrag unter Haftung der Sache versteht, vereinigen sich Wert- und Substanzrecht, wenn der Eigentümer die Grundschuld erwirbt. Schwind[6]), die Grundschuld in der Form einer ausschließlich durch die Grundstückshaftung gesicherten Schuld des Grundeigentümers konstruierend, faßt die Eigentümergrundschuld analog der Eigentümerhypothek auf. In der Form der Eigentümergrundschuld, oder wenn man darauf ein Gewicht legen will, in der Form der Verhaftung für eine

[1]) BGB. § 1163 Abs. 1 S. 1.

[2]) S. v. Roth, System des Deutschen Privatrechts III. S. 608 mit Literatur.

[3]) Ansichten über ihn sind gruppenweise zusammengestellt in meinem „Grundschuldbegriff" S. 35—58.

[4]) Die Grundschuld d. Entw. e. BGB. (1888) S. 65f.

[5]) S. 157f., 167.

[6]) S. 131f., 142ff.

Digitized by Google

eventuelle zukünftige Schuld, schiebt man dem Vorrücken späterer Sachhaftungen einen Riegel vor. Wenn aber das Gut vor Eintritt dieser Eventualität in Exekution gezogen wird, dann ist der Grund, weshalb der Eigentümer Anspruch hat auf die entsprechende Wertquote, nicht eine Haftung für eine immaginäre Schuld, sondern sein Anspruch ist lediglich die Folge davon, daß dank des formellen Bestandes der Eigentümergrundschuld die Späteren daran kein Recht erworben haben. Kindel[1]) bestimmt die Grundschuld als ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht und die Eigentümergrundschuld als Eigentumsrecht ohne den Charakter einer wirklichen Grundschuld. Endemann[2]) lehrt, daß die Grundschuld abstraktes Grundpfand, selbständige Summenbelastung eines Grundstückes, die dingliche Parallelform zu dem abstrakten Schuldversprechen sei, und daß die Eigentümergrundschuld einen Teil des Eigentuminhaltes in Gestalt eines selbständigen Vermögensgegenstandes darstelle. Hachenburg[3]), der die Grundschuld als „Realobligation" betrachtet, erklärt Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld für identisch und definiert letztere als Belastung des Grundstückes mit einer Summenschuld ohne Vorhandensein eines Gläubigers. Auf dem Standpunkt der „Realobligation" steht auch Fuchs[4]), das Recht an eigener Sache ohne den Sicherstellungszweck gegenüber einer Forderung betonend. Während Fuchs das Pfandrecht leugnet, meint Horn[5]), welcher sich in der Grundschuld-Definition an Stobbe anschließt, die Eigentümergrundschuld sei eine nicht vollwirksame Grundschuld, die dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber bloß die negativen, defensiven Befugnisse eines besseren, vorangehenden Pfandrechtes gewähre; ihr liege aber eine wirkliche Grundschuld zugrunde,

[1]) S. 78, 83, 108 f.
[2]) II. S. 738, 748, 883, 885.
[3]) Beiträge S. 19 f., 26 ff., 32, 34, 37 f., 40; Vorträge S. 533 ff., 526 ff.
[4]) S. 520, 643.
[5]) S. 27, 49 f.

Digitized by Google

deren volle Rechtswirkungen jedoch während der Dauer der Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht in einer Hand suspendiert seien. Planck[1]) ordnet die Grundschuld einem Pfandrecht im weiteren Sinne ein, verwirft die besondere Realobligation und beurteilt die Eigentümergrundschuld als wirkliche Grundschuld. Dernburg[2]) läßt die Einheit des Pfandrechtsbegriffes durch die Eigentümergrundschuld nicht in Frage gestellt sein und nimmt in der Grundschuld bloße Sachenhaftung an; seine oben[3]) angeführten Worte gelten auch für die Eigentümergrundschuld. Dernburgs Standpunkt teilt im Grundschuldbegriffe Bruck[4]), dessen Ansicht über die Eigentümergrundschuld gleichfalls schon aus dem Bisherigen erhellt[5]), insofern der für die Eigentümerhypothek leitende Gedanke auch auf die Eigentümergrundschuld Anwendung findet. So verlockend es mir erschiene, den ganzen Widerstreit der Meinungen zu berücksichtigen und einer gründlichen kritischen Erörterung zu unterziehen: bei der Beschränkung, die ich mir auferlegen muß, will ich nur zwei Theorien einige Worte widmen. Es sind die Theorien Gierkes und Pappenheims.

Abweichend von der Terminologie des BGB. erkennt Gierke der Hypothek und Grundschuld als passendsten Gattungsnamen die Bezeichnung „Grundpfandrecht" zu. Nur hat dieses Grundpfandrecht wenig mehr mit dem römischen Pfandrecht und noch weniger mit dem nur an beweglichen Sachen und an Rechten möglichen „Pfandrecht" des geltenden Rechtes gemein[6]). Das Grundpfandrecht ist ein dingliches Recht, ein Sachenrecht. Der Berechtigte hat ein gegen den jeweiligen Eigentümer und jeden anderen Berechtigten durchsetzbares Recht auf Befriedigung aus dem Sachwerte. Das

---

[1]) III. S. 513, 516 f.
[2]) III. S. 617.
[3]) S. 128.
[4]) S. 152, 154.
[5]) Oben S. 128 f.
[6]) II. S. 838.

Digitized by Google

Befriedigungsrecht entspringt aus der dinglichen Gebundenheit. Die Sache selbst ist durch die Pfandhaftung verstrickt und einer Herrschaft des Pfandgläubigers unterworfen. Darum kann auch das Grundpfandrecht an der Sache bestehen, wenn diese zur Zeit sich in Niemandes Eigentum oder im Eigentum des Pfandgläubigers selbst befindet. Mit der Sachhaftung, dem primären Inhalt des Grundpfandrechtes, verbindet sich bei jedem modernen Grundpfandrechte, sei es Hypothek oder Grundschuld, eine den jeweiligen Eigentümer treffende dingliche Schuld, welche sich auf Zahlung des Geldbetrages richtet, für den das Grundstück haftet. Die im Grundpfandrecht enthaltene Schuld ist sachenrechtlicher Art, ein wesentlicher Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses [1]). Sie ergänzt das für sich allein der Selbständigkeit unfähige Sachenrecht zu einem in sich vollendeten dinglichen Recht, das sich zwar (als Hypothek) an das Obligationenrecht anlehnen, aber auch (als Grundschuld) dieser Brücke entbehren kann. Keinerlei Verpflichtung der Person als solcher begründend, lastet die dingliche Schuld auf dem Grundstück und findet nur eben als Passivbestandteil des Grundvermögens notwendig im jeweiligen Grundeigentümer ihr Subjekt. Sie gewährt dem Berechtigten keine „Forderung", sondern ein dingliches Gläubigerrecht, das durchaus als Recht am Grundstück erscheint und nur gerade deshalb sich gegen dessen jeweiligen Eigentümer richtet. Aus dem sachenrechtlichen Wesen der dinglichen Schuld erklärt sich, daß sie auch dann, wenn das Grundstück herrenlos ist oder im Eigentum des Gläubigers steht, zwar ruht, aber dem objektiven Bestande nach vorhanden ist [2]). Besteht bei der Hypothek eine persönliche und eine dingliche Schuld [3]), so beruht das Wesen der Grundschuld auf der begrifflichen Selbständigkeit der dinglichen Schuld, für die das mit ihr belastete Grundstück

[1]) S. auch S. 613 f.
[2]) S. 851 ff.
[3]) S. 878 f.

Digitized by Google

haftet. Ein persönliches Schuldverhältnis braucht der Bestellung der Grundschuld überhaupt nicht zugrunde zu liegen. Die Grundschuld ist abstrakte dingliche Schuld, reines Grundpfandrecht. Der gesamte Inhalt der Grundschuld steckt auch in der Hypothek; er ist nur durch die Anknüpfung an die Forderung gebunden, kann sich aber unter Umständen in gleicher Selbständigkeit, wie bei der Grundschuld, entfalten [1]). Die oben [2]) besprochene Unterscheidung der subjektiven und objektiven Seite gilt nach Gierke für beide Eigentümergrundpfandrechte, mithin auch für die Eigentümergrundschuld. Eine dingliche Schuld des Eigentümers gegen sich selbst besteht nicht. Allein es ist ein objektives Verhältnis hergestellt, kraft dessen das Grundstück mit einer Schuldträgerschaft belastet und die entsprechende Rechtsträgerschaft mit dem ausgeschiedenen Wertteil verknüpft ist. Durch die buchmäßige Vergegenständlichung wird einem objektiven Schuldverhältnisse Wirksamkeit verschafft, während das subjektive Schuldverhältnis ruht. Besteht ein Eigentümergrundpfand ohne Forderung, so ist es Eigentümergrundschuld [3]). — Im Mittelpunkt von Gierkes Theorie steht die „dingliche Schuld". Bereits in meiner „Grundschuld"-Studie [4]) mußte ich zur „Realobligation", mit der Gierkes Idee verwandt ist [5]), kritisch Stellung nehmen. Die folgenden Bemerkungen ergänzen das dort Gesagte. Trotz alles Bestrebens, den gegnerischen Ansichten möglichst vorurteilsfrei gerecht zu werden, muß ich dennoch auf meinem Standpunkte beharren. Mit Gierkes „dinglicher Schuld" kann ich mich nicht befreunden, so sehr ich bemüht war, in ihren Geist einzudringen. Es ist mir bis zur Stunde nicht gelungen, die Bedenken zu verscheuchen, welche

---

[1]) S. 909 ff.
[2]) S. 129, 133 f.
[3]) S. 923 f.
[4]) S. 85—104. — S. auch Bruck S. 127 f.
[5]) Über und gegen die Realobligation Gierke II. S. 854, N. 13, S. 855, N. 18.

Digitized by Google

sich aufdrängten. Wird mit Gierke Schuld und Haftung unterschieden, so läßt sich allerdings ein nahestehender Grundgedanke finden, der an und für sich an Klarheit nichts zu wünschen übrig läßt. Er kann dahin formuliert werden, daß der jeweilige Eigentümer des Grundstückes als solcher schuldet und das Grundstück für diese Schuld haftet. Die Sachlage vermag ich nur zu verstehen, wenn angenommen wird: einerseits, daß ausschließlich Personen schulden können, und andererseits, daß Sachen- und Schuldrecht im Wesen nicht zu vermengen, sondern auseinanderzuhalten sind, mag auch das dingliche Recht die Gestaltung des Schuldrechtes unter Umständen beeinflussen. Insoweit Gierkes Diktion, wie ersichtlich[1]), damit im Einklange steht, fasse ich seine Idee. Im übrigen aber bin ich leider genötigt, einen anderen Weg zu beschreiten. In Ansehung der Reallasten fließen nach Gierke[2]) Eigentümerleistung und dingliche Nutzung ineinander über. „Aus dem Grundstück" soll „mit den Mitteln und Kräften des Gutes" geleistet werden. Das Grundstück „enthält die zu leistenden Vermögensgegenstände". „Erscheinen die Leistungsgegenstände als Sachnutzungen, so kann auch die Leistungshandlung in den Inhalt des dinglichen Nutzungsrechtes aufgenommen werden." Die Eigentümerhandlung sei nur das Mittel der Grundstücksnutzung. Die „dingliche Schuld" bezeichnet „ein Leistensollen, das als Passivbestandteil des Grundvermögens den jeweiligen Eigentümer beschwert". „Die auf ein Tun gerichtete dingliche Last" „verpflichtet den Eigentümer für die Dauer und den Bereich seiner Grundvermögensträgerschaft und erzeugt gegen ihn" einen „dinglichen Anspruch". Das „dingliche Nutzungsrecht" enthalte einen „dinglichen Anspruch auf die einzelne fällige Leistung". — Von einer derartigen Einheit der Leistung und Sachnutzung kann meines Erachtens bloß im wirt-

[1]) S. auch S. 757 f.

[2]) S. 711 f. S. auch S. 825 f.

Digitized by Google

schaftlichen Sinne gesprochen werden, insofern im Grundvermögen verkörperte wirtschaftliche Kräfte des Eigentümers auf den Berechtigten übergehen. Zugleich fordert der Gedanke, daß die wirtschaftliche Leistung wirklich mit den Mitteln und Kräften des Gutes erfolgt. Juristisch würde dies ein dahingehendes Rechtsgebot voraussetzen. Dem widersprechen jedoch die Tatsachen. Zweifellos braucht z. B. die Geldrente nicht aus dem Grundstück, sondern sie kann aus dem Kapital etwa einer angefallenen Erbschaft oder einer Schenkung gezahlt werden. In diesen Fällen versagt die „dingliche Schuld" durchaus, weil das Grundstück nicht einmal wirtschaftlich Leistungsquelle ist. Wörtlich verstanden, läßt sich aber aus einem Grundstücke überhaupt nicht Geld zahlen, sondern bloß Naturalleistungen können „aus dem Grundstücke" geleistet werden. Innerhalb der Leistung kommt also das Grundstück selbst gar nicht in Betracht. Bloß bei der Haftung ist dies der Fall. Daß letztere aber nicht Leistungspflicht, wird auch von Gierke vertreten. Vom juristischen Gesichtspunkte lassen sich persönliche Leistung — mag sie auch ans Eigentum geknüpft sein — und Sachnutzung nicht in Eins verschmelzen. Es gibt kein dingliches Recht auf eine Leistung, kein Rechtsgebilde, welches als Einheit zugleich dinglich und persönlich wäre. Die Dinglichkeit besagt unmittelbare Verbindung der Sache mit der Person, Ergriffensein unmittelbar der Sache durch rechtliche Bestimmung für rechtlich anerkannte Zwecke der Person, und subjektivrechtlich unmittelbare Herrschaft über die Sache. Daher darf sich keine persönliche Handlung als rechtliche Leistung zwischen die Sache und den Berechtigten einschieben. Sonst ist juristisch keine Dinglichkeit mehr vorhanden. Will also hier das Sachnutzungsrecht betont werden, dann kann die Handlung des Eigentümers, welche die Nutzung vermittelt, nicht die Natur einer rechtlichen „Leistung" oder „Schuld" haben. Bloß wirtschaftlich mag man dem Eigentümer ein Leisten zuschreiben. In der

Digitized by Google

Persönlichkeit des Rechtsverhältnisses liegt die unmittelbare Verbindung von Person und Person, die rechtliche Bestimmung unmittelbar der Person für rechtliche Zwecke einer anderen Person und subjektivrechtlich Willensherrschaft gegenüber der Person. Von hier aus ist im Rahmen des persönlichen Rechtsverhältnisses hinwiederum kein Platz für ein dingliches Nutzungsrecht. Sonst mangelt jenem das persönliche Moment. Will man demnach hier mit einer rechtlichen Schuld operieren, so darf kein dingliches Nutzungsrecht angenommen werden, auch dann nicht, wenn das Recht die Leistung mit den wirtschaftlichen Kräften des speziellen Grundvermögens vorschreiben würde. Selbst wenn das Recht eine andere Leistungsquelle ausschlösse, bliebe das Rechtsverhältnis persönliches Schuldverhältnis: der Schuldner wäre bei Erfüllung der Leistung einfach in der Verwertung seiner Mittel beschränkt. Nur wirtschaftlich läge eine dingliche Nutzung vor. Dingliches und persönliches Element können sehr wohl miteinander verbunden sein, das eine kann aufs andere mehr oder weniger abfärben: aber vereint vermögen sie nicht, einem Rechtsverhältnis den Stempel innerer Einheit aufzudrücken. In wirtschaftlicher Beleuchtung ist mir der Gedanke der dinglichen Schuld verständlich, in rechtlicher hingegen nicht. Was in ihr Schuld ist, ist nicht dinglich, und was in ihr dinglich ist, ist nicht Schuld. Weder läßt sich eine Schuld ins Pfandrecht hineinbauen, noch umgekehrt ein Pfandrecht in die Schuld. In der „dinglichen Schuld" wirkt trotz allem noch immer die überkommene Identifizierung von Schuld und Haftung nach. Denn von hier aus bedeutet Dinglichkeit der Haftung auch Dinglichkeit der Schuld, gleichwie Persönlichkeit der Schuld auch Persönlichkeit der Haftung bedeutet. Allerdings will Gierke[1]) das Grundstück nicht personifizieren. Er drückt sich dogmatisch korrekt aus, wenn er die dingliche Schuld „auf Zahlung des Geldbetrages"

[1]) S. 856 N. 21.

Digitized by Google

gehen läßt, „für den das Grundstück haftet“ [1]). In gleicher Weise werden Schuld und Haftung geschieden, wenn Gierke [2]) eine richtige Schuld des Eigentümers annimmt und dazu bemerkt: „Allein die Erfüllung der dinglichen Schuld ist lediglich durch Verwirklichung der Sachhaftung erzwingbar“. Ungeachtet dessen heißt es anderwärts [3]): — auf die Leistung der dinglichen Schuld „geht der dingliche Anspruch aus jedem Grundpfandrecht“. Hat aber der Anspruch diese Qualifikation und Wurzel, dann erscheint folgerichtig eigentlich das Grundstück als Leistungsträger: die Liegenschaft wird also immerhin in gewissem Sinne personifiziert. Weil Gierke indessen die Sachpersonifikation ablehnt, so steckt hinter seinem „Zahlen aus dem Grundstück“ das „Schulden des Eigentümers mit dem Grundstück“. Und auf diese Vorstellung darf Anwendung finden, was ich [4]) einst von der „Realobligation“, diesem getreuen Spiegelbilde der herrschenden Theorie über die Obligation, sagte, welche hier logisch zur Gleichstellung von Sache und Person, zur Schuldnerschaft des Eigentümers und zum „Schuldner mit der Pfandsache“ führt. Trotzdem haftet nach Gierke die Sache für die dingliche Schuld, worin zugleich liegt, daß die Schuld außerhalb des Pfandrechtes steht. Sollen wir dem gegenüber wirklich daran denken dürfen, diese eigenartige Schuld werde aus dem Haftungsgegenstande selbst bezahlt, dasselbe wirtschaftliche Gut solle leisten und für dieses Leisten einstehen? Das klingt doch wohl noch an die Identifizierung von Schuld und Haftung an, die ja auch Gierke nicht für zutreffend erachtet. Weiter halte ich für bedenklich, daß die Sachhaftung ein dingliches Nutzungsrecht garantieren soll. Die Vermischung von Dinglichkeit und Persönlichkeit leitet hier eher zur beschränkten Haftung des Eigentümers, zur „Haftung

[1]) S. 853.
[2]) S. 854.
[3]) S. 853.
[4]) Grundschuldbegriff S. 92.

Digitized by Google

der Person mit dem Grundstück", wenn die Sachpersonifikation vermieden und die persönliche Leistung akzentuiert werden will. Gierke[1]) selber spricht einmal geradezu von Verhaftung der Person, freilich nicht ohne hinzuzufügen: „sachenrechtlich". Doch ist dies nebensächlich, weil er sich sonst ausdrücklich mit guten Gründen zur Sachhaftung bekennt[2]). Gierke[3]) leugnet eine in das Sachenrecht eingefügte „Obligation" und ebenso eine außerhalb des Sachenrechtes stehende „reine Schuld". Das moderne Grundpfandrecht ist ihm kein aus Sachen- und Obligationenrecht gemischtes Gebilde. Auch ich halte es nicht dafür, falls „Obligationenrecht" als „Schuld- und Forderungsrecht" verstanden wird. Allein das deutsche Pfandrecht ist zu allen Zeiten im Kernpunkte Sachhaftung gewesen und von da aus muß notwendig jegliche wie immer beschaffene Schuld außerhalb des Pfandrechtes fallen: das zu Garantierende kann nicht in der Garantie liegen. Und darum erachte ich für ausgeschlossen, daß die dingliche Schuld, wie Gierke weiter meint, jemals Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses zu sein vermöchte. Denn alle Schuld ist ihrem Wesen nach persönlich, gehört mithin niemals ins Sachenrecht, sondern kann sich nur mehr oder weniger fest mit ihm verbinden. Gierke empfand wohl ebenfalls diese Natur der Schuld, welcher er durch Heranziehung des Eigentümers Rechnung zu tragen suchte. Die Leugnung der dinglichen Schuld führt er[4]) auf den Einfluß des römischen Rechtes zurück. Allein, wie es keine besondere deutschrechtliche Dinglichkeit gibt, so gibt es auch kein deutsches Pfandrecht so eigentümlicher Art, daß sich eine sachenrechtliche Schuld hineinkonstruieren ließe. Das verbietet schon der Haftungs-

[1]) S. 879: Dann besteht seine persönliche Verbindlichkeit gesondert von der ihn mit Notwendigkeit ergreifenden, aber nur sachenrechtlich verhaftenden dinglichen Schuld.

[2]) S. 854 f.

[3]) S. 855 f.

[4]) S. 854 N. 12.

Digitized by Google

begriff. Hier entscheiden, wie ich meine, überhaupt nicht nationale Gesichtspunkte, sondern wissenschaftliche Grundbegriffe. Das Wesen des dinglichen und persönlichen Rechtsverhältnisses kann im germanischen Recht nicht anders beschaffen sein als im römischen oder in irgendwelchem anderen Recht. Die heute in kräftigem Aufschwung begriffene Rechtsvergleichung mahnt zu immer größerer Vorsicht in der Betonung des nationalen Momentes als vorzüglichen Faktors der Rechtsgeschichte, weil ständig klarer wird, daß das sachliche Moment einen stärkeren Einfluß auf die Rechtsentwicklung zu üben pflegt als das persönliche Moment. Gierke[1]) hält die dingliche Schuld für eine notwendige Voraussetzung, um das Sachhaftungsrecht als ein in sich vollendetes dingliches Recht von dem Bestande einer persönlichen Obligation unabhängig zu stellen. Sicherlich ist die Sachhaftung für sich allein der Selbständigkeit unfähig. Doch fordert diese Erkenntnis noch nicht die Annahme einer dinglichen Schuld, weil die Sachhaftung, auch wenn man von einer solchen Schuld absehen zu müssen glaubt, der Zweckbeziehung zu einer Schuld nicht ermangelt, sei diese nun klagbar oder klaglos, gegenwärtig oder zukünftig. Denkbar wäre auch der Gegensatz: wirklich oder ausnahmsweise bloß fürs Recht bestehend, nämlich rechtlich fingiert; denn die rechtliche Fiktion einer Schuld unterliegt nicht triftigen Bedenken. Es erscheint mir zudem nicht ganz natürlich, wenn neben der persönlichen eine eigene Schuld zur Stützung der Sachhaftung konstruiert wird. Gewiß läßt sich, wie bereits bemerkt, an und für sich eine Schuld denken, welche die Person nicht als solche, sondern ausschließlich in ihrer dinglichen Rechtsstellung ergreift. Und man mag da mit Gierke immerhin in gewissem Sinne von einer Last „auf dem Grundstück" reden. Jedoch auch in solchem Falle ist das juristische Wesen der Schuld ein Leistensollen der Person, nicht verschieden von dem Wesen der

[1]) S. 856 N. 22.

Digitized by Google

übrigen Schulden. Analoges gilt für das aktive Korrelat, das gläubigerische Bekommensollen, welches Gierke „dingliches Gläubigerrecht" nennt. Er[1]) meint freilich, die Dinglichkeit zu bestreiten, weil es sich gegen den Eigentümer richte, sei verkehrt. Denn alle begrenzten dinglichen Rechte richten sich unbeschadet ihrer absoluten Natur zunächst und in besonderer Weise gegen den Eigentümer. Allein im Sachenrecht ist das rechtliche Verhältnis zum Eigentümer nur Folge des dinglichen Rechtsverhältnisses. Gierkes Text[2]) kommt dem übrigens nahe: das dingliche Gläubigerrecht erscheine durchaus als Recht am Grundstück, und „nur gerade deshalb" richte es sich gegen dessen jeweiligen Eigentümer. Ich glaube, daß das fragliche Rechtsverhältnis in Wahrheit nicht „am Grundstück", sondern bloß in Verbindung mit dem Grundstück bestehen könnte. Aus dem sachenrechtlichen Charakter der dinglichen Schuld erklärt Gierke[3]) die niemals unmittelbare Anwendbarkeit der Regeln des Obligationenrechtes über Schuldverhältnisse auf die dingliche Schuld, obschon jene in vielen Punkten entsprechende Anwendung auf diese finden. Dies Prinzip sei im neuen bürgerlichen Recht streng durchgeführt; überall, wo Sätze des Obligationenrechtes gelten sollen, finde sich eine besondere Verweisung. Hieran scheitere jede obligationenrechtliche Theorie; sie widerspreche dem positiven Recht. Andererseits sei jenen Verweisungen gegenüber jede Theorie, die den Begriff der dinglichen Schuld ganz verwerfe, in der üblen Lage, mit einer Unzahl von Fiktionen operieren zu müssen[4]). Durch diese Sätze wird meine Auffassung nicht getroffen. Die nicht unmittelbare Anwendbarkeit der obligationenrechtlichen Regeln gründet sich auf die Beeinflussung des Schuldrechtes durchs Sachenrecht infolge der Verbindung beider, sowie auf die Beibehaltung eines undeutschen Obliga-

[1]) S. 856 N. 22.
[2]) S. 856.
[3]) S. 856 f.
[4]) S. 857 N. 23.

Digitized by Google

tionsbegriffes, der auch dem modernen Leben nicht gerecht wird. Dieses verlangt vielmehr nachdrücklich die Unterscheidung der beiden Elemente, woraus sich die „Obligation" in der überlieferten Bedeutung zusammensetzt: der Schuld und der persönlichen Haftung des Schuldners. Es verlangt die Anerkennung einer reinen Schuld, welche der Haftung des Schuldners auch entbehren kann, ohne den Charakter der rechtlichen Schuld einzubüßen. Die Verweisungen im BGB. bestätigen nur das Hereinspielen nicht immer einer „Obligation" im Sinne der das Gesetz beherrschenden Theorie, wohl aber einer Schuld. Die „obligationenrechtliche" Theorie ist nicht identisch mit der „schuldrechtlichen" Theorie, weil „Obligation" und „Schuld" nicht Eins sind. Jene stößt auf Schwierigkeiten, diese nicht. Die schuldrechtliche Theorie ist auch nicht in der üblen Lage, sich einem Fiktionsluxus hingeben zu müssen. Gierkes dingliche Schuld kann ich im Realkreditrecht des BGB. nicht finden. Die in meiner „Grundschuld"-Studie [1]) fürs positive Recht beigebrachten Beweisgründe scheinen mir bisher nicht entkräftet worden zu sein. Das Gesetz steht auf dem dinglichen Standpunkt und kennt in Wirklichkeit keine wie immer geartete Schuld des Eigentümers. Gierke [2]) will die „dingliche" Schuld aus dem Gegensatz des „persönlichen" Schuldners herauslesen, von dem das BGB. spricht. Allein dieser Terminus besagt bloß den Normalfall des Schuldners, dessen Schuld mit Vollstreckbarkeit gegen seine Person ausgestattet ist. Auch wenn das Gesetz die dingliche Schuld nicht kennt, ist die Ausdrucksweise nicht gerade überflüssig, weil außer dem „dinglichen" Schuldner noch ein anderer in Frage kommt. Das BGB. enthält nämlich auch klaglose Schulden [3]), und diese Fälle haben wohl veranlaßt, vom „persönlichen" Schuldner zu sprechen. Geist und Ausdrucksweise des Gesetzes entsprechen nicht der dinglichen Schuld. Nicht der Grund-

[1]) S. 103 f.
[2]) S. 853 N. 7.
[3]) Mein „Grundschuldbegriff" S. 11.

Digitized by Google

eigentümer soll zahlen, sondern unmittelbar aus dem Grundstück soll der Berechtigte die ihm gebührende Geldsumme erhalten. Es verdient Beachtung, daß die „Motive“ [1]) die Realobligation ablehnen. Sie erklären den Eigentümer nicht für irgendwie verpflichtet, sondern schlechtweg nur für berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, um dessen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke abzuwenden. Gierke [2]) hingegen lehrt: „Offenbar kann hiernach nicht davon die Rede sein, daß der Eigentümer als solcher nicht schuldig, sondern nur berechtigt wäre zu zahlen.“ Auf der aktiven Seite soll das Gesetz das dingliche Gläubigerrecht in der Weise zum Ausdruck bringen, daß es der „Forderung“ besondere Wirksamkeit „in Ansehung der Hypothek“ verleiht [3]). Meines Erachtens erlauben die fraglichen Rechtsbestimmungen nicht die Annahme, daß in das dingliche Recht ein Bekommensollen aufzunehmen sei, sondern sie sind nur Ausdruck der Beeinflussung des einen Rechtes durchs andere. Das Tabularrecht als formelles Recht kann die Fiktion notwendig machen. Kann ich zu meinem Bedauern der Theorie von der dinglichen Schuld nicht beipflichten, so ist meine Stellungnahme zu Gierkes Grundschuldbegriff von selbst gegeben. Zwar kann, wie von mir [4]) schon auseinandergesetzt worden, an und für sich eine Grundschuld auch in der Weise konstruiert sein, daß der Grundeigentümer als solcher schuldet und ausschließlich das Grundstück für diese Schuld haftet. Frägt sich nur, ob das BGB. diese Konstruktion gestattet. Ich verneine die Frage. Gierke [5]) will die moderne Grundschuld nicht an die mittelalterliche Satzung, sondern an die mittelalterliche Reallast, insbesondere an den Rentenkauf anschließen. An diesem Orte kann den geschichtlichen Problemen nicht nach-

[1]) III. S. 675 f.
[2]) S. 853 f.
[3]) S. 853 N. 7.
[4]) Grundschuldbegriff S. 109 f.
[5]) S. 834, 855 f. N. 19.

Digitized by Google

gegangen werden, welche gründliche Erörterung eines massigen Quellenmaterials sowie zahlreicher schwerer und zum Teil tiefgreifender Einzelfragen erheischen. Ein Eingehen auf die Geschichte, welches ich mir für die Zukunft vorbehalte, ist aber auch für den vorliegenden Zweck entbehrlich. Denn in Diskussion steht das positive Gesetz, dessen Bestimmungen sich die Konstruktion möglichst genau anpassen muß. Und fürs positive Recht bin ich allerdings nach wie vor der Ansicht, daß es eine Grundschuld-Konstruktion gebietet, welche an die altdeutsche Satzung anknüpft. Diese meine Überzeugung glaube ich in meiner „Grundschuld"-Studie[1]) ausreichend fundiert zu haben. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des Grundschuldrechtes in Wirklichkeit keine wie immer beschaffene Schuldnerschaft des Eigentümers oder eines genannten Dritten anerkannt. Ist es z. B. nicht höchst bezeichnend, daß die „Motive"[2]) in Ansehung rückständiger Grundschuldzinsen zur Fiktion einer Schuld des Grundeigentümers die Zuflucht nehmen? Dem gegenüber führt die Auffassung des Eigentümers als Schuldners nicht zur Ausschaltung der Fiktion, sondern im Gegenteil zu fortwährender Fingierung, wogegen mein Standpunkt nur unter der Voraussetzung in seltenen Ausnahmefällen zur Fiktion nötigt, daß man überhaupt die Existenz solcher Fälle annehmen will, was ich heute eher nicht mehr zu tun geneigt bin. Was nun die Eigentümergrundschuld anbelangt, so kann ich Gierke folgerichtig nicht zustimmen, wenn er ein „objektives Schuldverhältnis" in sie hineinbaut, während das subjektive Schuldverhältnis „ruhe"[3]). Von so hoher Tragweite für den Fortschritt juristisch-konstruktiver Erkenntnis die Annahme eines nicht subjektiv-rechtlichen Rechtsbestandes und Verhältnisses

---

[1]) S. 27 ff., 58 ff., 85 ff., 103 ff., 110 ff.

[2]) III. S. 791: Das Gesetz muß deshalb unterstellen, der Eigentümer des Grundstückes schulde die Zinsen dem Gläubiger.

[3]) S. auch S. 857.

Digitized by Google

seitens einer Autorität vom Range Gierkes sein dürfte: gerade die Eigentümergrundschuld kann kein objektives (und kein ruhendes subjektives) Schuldverhältnis in sich begreifen, wenn die dingliche Schuld nicht standhält. Sonst verstehe ich aber dieses „objektive" Rechtselement ganz gut, wird es doch durch die Rechtstheorie gefordert, der ich anhänge. Der herrschenden Rechtstheorie freilich mag dasselbe nicht zusagen, und wenigstens die Mehrheit ihrer Vertreter dürfte es wohl ablehnen. Denn dieses Element anerkennen, heißt im Keime mit der Theorie der subjektiven Rechte brechen. Die Eigentümergrundschuld besteht ohne gegenwärtige „Forderung", aber auch ohne jede dingliche Schuld.

Dogmatisch sehr radikal geht Pappenheim zu Werke, um die Eigentümergrundschuld dem Verständnis zu erschließen. Die Haftungstheorie hatte im Haften bisher einen von der Schuld mindestens dem Zwecke nach abhängigen Begriff erblickt[1]). Pappenheim[2]) jedoch, der gleichfalls auf ihrem Boden steht und die Grundschuld als reine Sachhaftung beurteilt, bekennt sich zum Satze, daß Haftung auch ohne Schuld denkbar sei. Das deutsche Recht kenne eine Haftung wieder für eine Haftung. Bei manchen Fällen des ábyrgjask im westnordischen Recht wäre die Unterstellung einer Schuld als Grundlage der Haftung nicht ohne Fiktion möglich. Die Wette der altskandinavischen Rechte sei ein deutlicher Fall der Haftung ohne Schuld. Im geltenden Seerecht müsse das Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe so erklärt werden, und insbesondere beweise die moderne Eigentümergrundschuld die Möglichkeit einer Haftung ohne Schuld. Zu Pappenheims Lehre nahm ich[3]) bereits früher Stellung. Ich wiederhole,

[1]) Vgl. z. B. auch Kindel S. 101: Die Annahme eines Sicherungsmittels ohne ein zu sicherndes Recht würde gegen die Gesetze der Logik verstoßen.

[2]) Münchener Krit. Vjschr. XLII. S. 520f.; Ztschr. f. Rechtsgeschichte (German. Abt.), XXIV. S. 437; Handb. d. Seerechts II. S. 319.

[3]) Münchener Krit. Vjschr. XLVII. S. 63ff.

Digitized by Google

daß ich seine Anschauung nicht teile. Die Haftung als Sicherung durch Bürgschaft setzt ein zu Sicherndes, zu Verbürgendes wenigstens begrifflich notwendig voraus. Das ist die Schuld, an deren Stelle der Haftungsgegenstand treten soll, um wirtschaftlich Genugtuung oder Ersatz zu gewähren, wenn die Schulderfüllung ausbleibt oder nicht entsprechend erfolgt. Die jüngere Entwicklung wird von der Ersatzidee beherrscht. Nur auf diesem Wege ist ein klarer, für die juristische Konstruktion brauchbarer Sicherungsbegriff zu erzielen. Glaubt man von der Beziehung zur Schuld gänzlich absehen zu dürfen, so wird der Haftung ein Charakteristisches genommen, was sie wesentlich von ähnlichen Tatbeständen unterscheidet. Wäre jegliches Preisgeben eines Wertes unter einer Bedingung eine Haftung, so würde letztere ihre dogmatische Verwendbarkeit verlieren. Was nach Eliminierung der Schuld übrig bliebe, würde auf viele Tatbestände passen, die eine Charakterisierung als Haftung völlig ausschliessen. Alle möglichen bedingten Schulden könnten so zu Haftungen gemacht werden. Nicht ein einziger Fall wurde nachgewiesen oder kann aufgefunden werden, in dem eine Haftung im Rechtssinne selbständig für sich existiert, ohne die Zweckverbindung mit einer Schuld in sich zu tragen. Die von Pappenheim herangezogenen Erscheinungen bereiten keine Schwierigkeiten. Die Fälle der Haftung für eine Haftung ermangeln nicht der Zweckbeziehung zu einer Schuld, auch wenn man mit Pappenheim das Wofür der Haftung wieder eine Haftung sein läßt. Eine derart mittelbare Beziehung ist auch eine Beziehung. Der Zweck leitet zur Schuld, was im einzelnen Falle mit verstärkter Deutlichkeit sichtbar wird. Der Tatbestand der alten germanischen Wette hat nur in seiner äußeren Form Berührungspunkte mit der echten Haftung. Innerlich, dem Zwecke nach, ist die Wettleistung Schuldleistung unter einer Bedingung. Indem eine übertragene Ausdrucksweise vorliegt, ist die Wette nur sprachlich, dem Worte nach, nicht aber sachlich, begrifflich eine Haftung. Haftung

Digitized by Google

für rechtlich fingierte Schuld ist denkbar und dem praktischen Leben geläufig. Fürs Recht ist hier die Schuld vorhanden, wenngleich sie in Wirklichkeit nicht existiert. Das Recht kann einen Tatbestand, der nicht Schuld, als Schuld behandeln. Natürlich Verschiedenes erfährt rechtliche Gleichbehandlung. Es entscheidet, wie überhaupt bei der Fiktion, nicht der wirklich vorhandene, sondern der vom Recht vorgestellte Tatbestand. Und so bezweckt vom Standpunkt des Rechtes auch da das Haften Sicherung einer Schuld. Die Fiktion ist, wie ihre vielfache, auf allen Rechtsgebieten fort und fort geübte Praktizierung dartut, ein juristisches Bedürfnis. Dennoch müssen überflüssige Fiktionen vermieden werden, weil im Recht nach Tunlichkeit die wahre Sachlage sich spiegeln soll. Das ist jedoch nicht immer möglich. Es ließe sich z. B. denken, daß das praktische Bedürfnis nach einem Rechtsgeschäft verlangte, in dessen aus dem regelmäßigen Tatbestande zu begreifende Form andersgeartete Tatbestände eingekleidet werden sollen, um es zu verschiedenen Zwecken verwenden zu können. In eine Rechtsform könnte ein sachlicher Inhalt gegossen werden, dem sie als solche gar nicht Ausdruck gibt. Für den juristischen Tatbestand ist eben die Form entscheidend. Hielte man dafür, daß bei der Grundschuld ab und zu eine wirkliche Schuld ganz fehlen kann, und perhorreszierte man hier die Schuld-Fiktion, dann müßte auch die Idee der Sicherung preisgegeben und die Haftung selbst geleugnet werden. Eine Sachhaftung kann die Sicherung einer künftigen, eventuellen Schuld bezielen. Es ist außerdem möglich, daß die Schuld, um derentwillen die Haftung besteht, niemals entsteht. Das wären im gewissen Sinne Fälle von Haftung „ohne Schuld", falls man im zeitlichen Verhältnis die Gegenwart beziehungsweise das Tatsächliche ins Auge faßte. Wollte Pappenheim nur an solche Eventualitäten denken, könnte ich ohne weiteres zustimmen, und ich meine, kein Haftungstheoretiker, der den Problemen auf den Grund gegangen, wird je dieser Bezeichnung opponieren, wenn es bei den Worten „ohne Schuld" nur nicht

Digitized by Google

auf den Zweck abgesehen ist; denn auf den Zweck kommt es an. Im konkreten Falle hat ein Objekt die rechtliche Bestimmung erhalten, für eine Schuld zu haften. Mag das Ob, Was und Wie der Schuld damals noch im dunkeln liegen, die gedankenmäßige Zweckverbindung mit einer Schuld oder, wenn man will, die Zweckverbindung mit einer vorerst nur gedachten Schuld ist gegeben. Und das genügt. Für eine Rechtstheorie, welche bloß mit dem subjektiven Recht operiert, ist damit allerdings des Rätselhaften genug behauptet. Nimmt man hingegen, wie es die Haftungstheorie verlangt, von dem Grundverhältnis im Sinne reiner rechtlicher Zweckbestimmung den Ausgangspunkt, so gestaltet sich die Sachlage einfach und klar. Im Lichte jener Grundverhältnisse gesehen, kann die Garantie gegeben, der Garantiezweck festgelegt sein, obschon das Schicksal des zu Garantierenden zurzeit noch einer unentschiedenen Zukunft vorbehalten ist. Im Einklang damit erscheint die Eigentümergrundschuld nicht als Sachhaftung „ohne Schuld". In ihr steckt ebenfalls die Zweckbeziehung zu einer Schuld, die nur, wie bei der Eigentümerhypothek, eine künftige, eventuelle Schuld ist. Will man Ausnahmefälle von Grundschulden „ohne Schuld" anerkennen und verschmäht man mit Pappenheim hier die Fiktion einer Schuld, dann fällt mit dem Sicherstellungs-Gedanken aber auch die Sachhaftung, und dann verkünden diese Fälle wohl den Bankrott der juristischen Kunst.

Wer meine Ausführungen bis hierher verfolgt und auch meine „Grundschuld"-Studie gelesen, weiß nunmehr, wie ich über das juristische Wesen der Eigentümergrundschuld denke.

Die Grundschuld definierte ich[1]) als „eine durch Eintragung im Grundbuche entstehende, in bezug auf Schuldgrund und Person des Schuldners abstrakte Schuld einer be-

[1]) Über die von mir vertretene juristische Konstruktion s. meinen „Grundschuldbegriff" S. 110 ff.

Digitized by Google

stimmten Geldsumme, für deren Bezahlung an den Gläubiger ausschließlich ein bestimmtes Grundstück haftet". Während die Hypothek Sachhaftung und Pfandrecht für eine Schuld ist, bei welcher Schuldgrund und Person des Schuldners in gewöhnlicher Weise in Betracht kommen, charakterisiert sich die Grundschuld als eine Schuld unter Abstraktion von Schuldgrund und Person des Schuldners. Ferner berührt die Bestellung der Hypothek das Schicksal der persönlichen Haftung nicht, wogegen dies bei der Grundschuld eintreten kann, in deren Rahmen reine Sachhaftung unter Ausschluß jedweder persönlichen Haftung Platz greift. In gleicher Weise, wie die Grundschuld von der Hypothek, unterscheidet sich die Eigentümergrundschuld von der Eigentümerhypothek. In der Hypothek sichert die Sachhaftung eine „Forderung" im Sinne des Gesetzes. In der Grundschuld sichert die Sachhaftung eine reine, der persönlichen Haftung entbehrende Schuld. Demnach ist es hinsichtlich der Konstruktion der „Eigentümergrundpfandrechte" ebenfalls wesentlich das Schuldverhältnis, das die Verschiedenheit ihrer beiden Formen bedingt. In der Eigentümerhypothek bürgt das Grundstück im Hinblick auf eine „Forderung", in der Eigentümergrundschuld bürgt es im Hinblick auf jene eigenartige Schuld, welche für die Grundschuld charakteristisch ist. Früher[1]) vertrat ich die Meinung: Bei der Grundschuld kann sichs ab und zu ereignen, daß ein Schuldverhältnis in Wahrheit nicht besteht, darum die im Grundschuldrecht in Betracht kommenden Bestandteile des Schuldverhältnisses als vorhanden fingiert werden müssen. Diese Ausnahmefälle, in denen ein ganz anderer Tatbestand bloß in die Form der Grundschuld eingekleidet wird, sind für die juristische Konstruktion belanglos. Wollten sie dabei berücksichtigt oder wollte gar von ihnen ausgegangen werden, dann fiele schließlich auch die Sachhaftung. Damit

[1]) Grundschuldbegriff S. 117; Münchener Krit. Vjschr. XLVII. S. 67f.

Digitized by Google

aber würde zugleich ihre juristische Konstruktion überhaupt scheitern. Und man wäre dazu gedrängt, zum wirtschaftlichen Gesichtspunkte die Zuflucht zu nehmen und in der Grundschuld ein vages Wertrecht zu suchen. Von hier aus könnte sonach auch die Konstruktion der Eigentümergrundschuld ausnahmsweise in die Lage kommen, mit der rechtlichen Fiktion von Teilen des Schuldverhältnisses rechnen zu müssen. Heute denke ich anders. Ich möchte ernstlich bezweifeln, ob es solche Fälle überhaupt gibt. Was die Literatur[1]) dafür ansieht, scheint mir wenig Beweiskraft zu haben. Es ist nämlich sehr zu beachten, daß der herrschenden Schuld-Theorie jene der Grundschuld eigentümliche „reine Schuld" fremd ist, die letztere also notwendig unberücksichtigt bleibt. Zwar ist die Eigentümergrundschuld keine Grundschuld, ebenso wie die Eigentümerhypothek noch keine wirkliche Hypothek und keine Grundschuld ist. Zunächst kann die Eigentümergrundschuld keine „Schuld" sein, weil eine Schuld des Eigentümers gegen sich selbst undenkbar ist. Des weiteren bestimmt BGB. § 1197, daß der Eigentümer als Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann. Mithin ist gerade das ausgeschlossen, was sich aus dem Wesen der Grundschuld, wie es das Gesetz bestimmt, aus dem Vollstreckungsgedanken, dessen Ausdruck das „Zahlen aus dem Grundstück" ist, notwendig ergibt. Die Einrichtung entstammt eben praktischen Zwecken, die mit einer echten Grundschuld für den Eigentümer als Berechtigten nichts zu schaffen haben. Wohl aber ist die Eigentümergrundschuld ein vorbereitendes Geschäft für eine Grundschuld. Gleich der Eigentümerhypothek besagt sie Sachhaftung für eine künftige, eventuelle Schuld, Nichtexistenz eines subjektiven Pfandrechts und den Charakter der subjektivrechtlichen Sphäre als Eigentumssphäre. Alles dies ist im Einklang mit der Eigentümerhypothek geordnet und nach Art derselben zu erklären.

[1]) Einschlägiges etwa bei Gierke II. S. 909 f.

Digitized by Google

Wenn also der Eigentümer eine Grundschuld bestellt, so manifestiert er formell die Absicht, die Sachhaftung einer bestimmten Wertschichte im Rahmen einer künftigen Grundschuld zu verwerten. Die Fälle der sogenannten „forderungsentkleideten Eigentümerhypothek“ [1]) sollen nach dem Gesetz zum Grundschuldrecht gehören. Das bedeutet formell wiederum Begründung einer Sachhaftung für zukünftige grundschuldrechtliche Dispositionen. Die Bezeichnung rechtfertigt sich jedoch nur dann, wenn die Sachhaftung wirklich für Grundschuldzwecke Verwendung findet.

Eine interessante Parallele gibt im Gebiet der Fahrhabe jenes Haftungsverhältnis an die Hand, welches im subjektivrechtlichen Geiste fälschlich „Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiff“ [2]) genannt wird. Als Sachhaftung für eine zukünftige reine Schuld [3]) steht es der Eigentümergrundschuld nahe.

Die Hauptgedanken dieser Abhandlung lege ich in folgenden zusammenfassenden Sätzen nieder:

Was Theorie und Praxis „Pfandrecht an eigener Sache“ heißen, ist dem juristischen Tatbestande nach kein solches. Es gibt kein Pfandrecht an eigener Sache. Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld bezeichnen kein hypothekarisches beziehungsweise grundschuldrechtliches Gläubigerrecht des Eigentümers, kein Pfandrecht im Sinne des subjektiven Rechts. Trotzdem ist das derart belastete Grundstück Pfand. Beide

[1]) S. oben S. 138, 146 f.

[2]) S. darüber M. Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht (1889) S. 65, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht I. (1903) S. 422; V. Ehrenberg, Das Recht d. Schiffsgläubigers (Göttinger Festgabe f. F. Regelsberger 1901) S. 22; Kohler S. 167; H. Lüerssen, Das Schiffsgläubigerrecht und die übrigen seerechtlichen Pfandrechte (Leipziger Diss. 1901) S. 26 ff.; K. Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts[6] (1903) S. 142; Pappenheim, Seerecht II. S. 313 ff.; G. Schaps, Das Deutsche Seerecht (1906) S. 581, 588, 754, 764.

[3]) Richtige Beurteilung des Schuldverhältnisses bei Lüerssen S. 51 ff., 59 f.

Digitized by Google

Rechtsfiguren des zweifaltigen „Eigentümergrundpfandrechtes" sind Sachhaftungen in der deutschrechtlichen Wortbedeutung der Sachbürgschaft und stehen in Zweckbeziehung zu einer Schuld. In ihnen tritt der Begriff der rechtlichen Verbindung und Gebundenheit zu einem vom Recht anerkannten Zweck in Erscheinung. Der Begriff liegt allen Rechtsverhältnissen zugrunde, ist aber in Rechtsformen vom Schlag der vorliegenden besonders deutlich bloßgelegt. Diese nackte rechtliche Zweckbestimmung ist Konkretisierung des betreffenden rechtlichen Zweckes, den die objektiven Rechtsbestimmungen abstrakt aussprechen. Sie ist erste Wirkung der Anwendung des objektiven Rechts und also Grundelement der Rechtskonstruktion. Die Sachhaftung besteht im Hinblick auf eine zukünftige, eventuelle Schuld aus kreditrechtlichen Dispositionen des Sacheigentümers. Die subjektivrechtlichen Befugnisse des letzteren sind nur Eigentumsbefugnisse, aber besonders gefärbt und besonders kräftig durch den speziellen Zweck, der die Sache in Haftung versetzt. Das Eigentum ist subjektivrechtlich besonders ausgestaltet nach der haftungsrechtlichen Zwecksphäre. Das Verständnis des juristischen Wesens beider Rechtsgebilde bedarf der Unterscheidung zwischen dem Grund- und Bestimmungsverhältnis einerseits und dem subjektiven Rechtsverhältnis andererseits. Die Eigentümerhypothek in der Richtung des Grundverhältnisses ist die rechtliche Verbindung zwischen dem Eigentümer und seinem Grundstück, insofern es für den Haftungszweck bestimmt ist, Sachhaftung der bestimmten Wertschichte für eine künftige, eventuelle Forderung auf Grund kreditrechtlicher Dispositionen des Eigentümers. Die Eigentümerhypothek in der Richtung des subjektiven Rechts ist der Inbegriff der rechtlichen Befugnisse des Eigentümers, um die Grundstückshaftung in seinem Interesse für den Bereich der Forderungsverhältnisse zu verwerten und gegenüber Dritten als Pfandgläubigern zur Geltung zu bringen. Die Eigentümergrundschuld in der Richtung des Grundverhältnisses ist die rechtliche

Digitized by Google

Verbindung zwischen dem Eigentümer und seinem Grundstück, insofern es für den Haftungszweck bestimmt ist, Sachhaftung der bestimmten Wertschichte für eine künftige, eventuelle Schuld von der Art, wie sie die Grundschuld charakterisiert, auf Grund kreditrechtlicher Dispositionen des Eigentümers. Die Eigentümergrundschuld in der Richtung des subjektiven Rechts ist der Inbegriff der rechtlichen Befugnisse des Eigentümers, um die Grundstückshaftung in seinem Interesse im Bereiche der Grundschuldverhältnisse zu verwerten und gegenüber Dritten als Pfandgläubigern zur Geltung zu bringen. — Nicht die leicht faßlichen praktischen Bedürfnisse, welche Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld ins Leben riefen, und ebensowenig die Formulierung dieser Bedürfnisse in Rechtssätzen machen den eigentlichen Reiz dieser Einrichtungen für die Jurisprudenz aus, sondern vorzüglich auf ihrer Stellung als sicheren Wegweisern in die Fundamente der Rechtskonstruktion beruht ihre Wichtigkeit für den deutschen Juristen. Von hier aus führt ihre Betrachtung auch zur Förderung der Erkenntnis des praktisch so bedeutsamen Haftungsbegriffes.

Das BGB., wie es nicht als solches und zur Gänze in die Kompetenz der germanistischen Rechtswissenschaft fällt, steht im Realkreditrecht dogmatisch nicht auf deutschrechtlichem Boden. Dennoch habe ich eine spezifisch deutschrechtliche Konstruktion angewendet, ich war bestrebt, die deutsche Rechtsüberzeugung, wie sie die Rechtsgeschichte vermittelt, der Klärung dieses positivrechtlichen Problems nutzbar zu machen, so daß diese Publikation gleich der über den Grundschuldbegriff das geistige Kolorit einer germanistischen Studie trägt.

Ist es nun angängig, dergestalt die Rechtsgeschichte aufzurufen und ihr den Platz einzuräumen, den doch die Dogmatik einnehmen sollte, deren Schöpfung und praktischer Niederschlag die Paragraphen des geltenden Gesetzes sind?

Digitized by Google

Das mutet unnatürlich an, und wenigstens auf den ersten Blick dürfte man sich versucht fühlen, die Frage viel eher zu verneinen als zu bejahen. Nun wäre es freilich ein gar unverständiges Beginnen, wollte jemand sich anschicken, in den verschiedensten Rechtspartien Vorstellungen und Begriffe vergangener Jahrhunderte leichthin auf die Gegenwart zu übertragen, ohne sich vorerst genügend darum gekümmert zu haben, ob das moderne Leben sie fordert, ob sie sich den positiven Normen anpassen lassen, ob die maßgebende Dogmatik nicht doch ihren Dienst tut. Selbstredend sind stets die Umstände des einzelnen Falles sorgfältig zu prüfen. Diese aber können in der Tat so beschaffen sein, daß der Bejahung obiger Frage kein Hindernis entgegensteht. Wenn der Gesetzgeber, sich auf die Befriedigung des rein praktischen Bedürfnisses beschränkend, es verschmäht, Theorie zu treiben; wenn die herrschende Dogmatik einem Problem gegenüber ohnmächtig ist und versagt, die spezifisch deutschrechtliche aber zum Ziele führt, weil das wirkliche Leben noch immer im Banne deutschrechtlicher Gedanken steht: wer will bei solchem Stande der Dinge dem Germanisten das Recht bestreiten, unter Ablehnung der dogmatischen Basis des geltenden Gesetzes deutsch rechtlich zu konstruieren! So aber steht die Sache im Hypotheken- und Grundschuldrecht. Und deshalb ist es nur natürlich, wenn der Kreis derer, die hier uralte Grundbegriffe des germanischen Rechts zur Erklärung heranziehen, sich stätig weitet. Gleichwohl fehlt es nicht an abweichenden Stimmen. Predari[1]) z. B. hält unter Hinweis auf Kohler von vornherein für mißlich, die Ergebnisse rechtshistorischer Forschungen für ein Institut des modernen Rechts verwerten zu wollen, wenn das betreffende Gesetz jene Ergebnisse sich nicht zu eigen gemacht hat. Und Horn[2]) richtet an Schwind

[1]) Ztschr. f. Handelsrecht LI. S. 619f.
[2]) S. 21f.

Digitized by Google

und an mich die Frage, ob es wirklich notwendig erscheint, bei Erklärung der modernen Hypothek und Grundschuld, anstatt den Begriff des dinglichen Rechts zu verwerten, an das nordgermanische Obligationenrecht anzuknüpfen, welches die Korrelatbegriffe Schuld und Haftung als Gegensätze behandelt. „Dürfen wir wirklich annehmen, daß das BGB. seinem Obligationenrecht den gemeinrechtlichen, seinem Hypotheken- und Grundschuldrecht jedoch den altdeutschrechtlichen Schuldbegriff zugrunde gelegt hat? — — Und wenn dies zweifellos nicht der Fall ist, was nützt uns dann diese Lehre, deren großen rechtshistorischen Wert ich vollkommen zugestehe, für das Verständnis dieser Rechte?"

Für meinen Teil antworte ich darauf:

Es ist notwendig, ans ältere germanische Recht anzuknüpfen, nicht unmittelbar ans nordgermanische, wohl aber ans deutsche Recht, welches auf der gleichen begrifflichen Grundlage erwachsen wie jenes. Wenn in der wissenschaftlichen Diskussion gerade das altskandinavische Recht einen breiten Raum einnimmt, so liegt der Grund außer in seinem juristischen Werte und der glänzenden Bearbeitung, die es erfahren, darin, daß die Erforschung des altdeutschen Schuld- und Haftungsrechts in den richtigen Bahnen noch nicht so weit vorgeschritten ist wie die Forschung über die nordgermanischen Verhältnisse. Der Anschluß an die Vergangenheit ist hier deshalb geboten, weil das moderne Leben Sätze gebildet, Einrichtungen geschaffen hat, denen mit der Dogmatik der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht beizukommen ist, während die germanistische Jurisprudenz in der Lage sich befindet, das Verständnis dieser Dinge zu eröffnen. Die Verwertung der „Dinglichkeit" ist auch der Lehre nicht fremd, welche Schuld und Haftung trennt. Allein die Qualifikation etwa der Grund„schuld" selbst als eines „dinglichen Rechtes" ist mit dieser Lehre unvereinbar. Befriedigt aber wirklich der Standpunkt des Reichsrechts? Ich denke nach wie vor, daß man aus den Schwierigkeiten und

Digitized by Google

Widersprüchen nicht herauskommt, wenn man ihn teilt. Nun zähle ich wahrlich nicht unter die Anhänger jenes von Ihering mit Recht gerügten „Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt". Dieser geistvolle Rechtsgelehrte hat gefordert: „Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein". Es ist eine tiefe Wahrheit, daß in einer Rechtsordnung das Lebensbedürfnis nicht durch Logik und Theorie leiden soll. Das darf jedoch nicht zum verhängnisvollen Fehler führen, um deswillen theoretische Klarheit, die auch praktisch ein wichtig Ding, gering einzuschätzen. Es hieße den Wert der Theorie nicht gebührend würdigen, wenn man sich angesichts vermeintlicher Unvereinbarkeit von Theorie und Leben leichten Herzens beruhigen, wenn man die Theorie vorschnell bankrott erklären würde, weil Gesetzesbestimmungen, obschon sie den praktischen Bedürfnissen und Interessen Rechnung tragen, theoretische Schwierigkeiten bereiten. Als ideales Ziel muß die Harmonie von Theorie und Leben vorschweben. Folglich darf keine Mühe gescheut werden, um in derartigen Fällen zu einem auch theoretisch befriedigenden Ergebnis zu gelangen, koste dies auch die Verabschiedung lieb gewordener Ideen. Gewiß hat das BGB. seinem Hypotheken- und Grundschuldrecht nicht den altdeutschen Schuld- und Haftungsbegriff bewußt zugrunde gelegt, wenn sein Obligationenrecht auf dem gemeinrechtlichen Schuldbegriffe aufgebaut ist. Doch ist nicht zu vergessen, welche Stellung das Gesetz zur Theorie einnimmt. Gegenüber dem Zwecke, praktisch brauchbare Rechtssätze aufzustellen, soll den theoretischen, juristisch-konstruktiven Fragen untergeordnete Bedeutung zukommen; die juristische Konstruktion wird für die Aufgabe der Wissenschaft erklärt. Zudem braucht auch das moderne Verkehrsleben die deutsch rechtlichen Grundbegriffe; es be-

Digitized by Google

wegt sich in ihren Bahnen. Mit H. Isay[1]) darf festgestellt werden, „daß auch dem heutigen Recht die begriffliche Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses gegenüber dem Schuldverhältnis zugrunde liegt, daß eines ohne das andere bestehen kann, daß sie nach Subjekt, Umfang und Inhalt voneinander unabhängig sind". Und so nützt die Aufdeckung des älteren germanischen Rechts nicht nur dem Verständnis der Rechtsgeschichte, sondern auch dem des modernen Lebens und des geltenden Rechts. Von hier fällt ein helles Licht auf die Irrtümer, welche diesen Teil des Reichsprivatrechts mitgestaltet haben, und mit kritisch geschärftem Blick sehen wir, welcher Begriffe und Konstruktionen das heutige Kreditleben eigentlich benötigt, um juristisch klar verstanden zu werden. Zu ihnen leitet die germanistische Theorie. Weil ihre Aufstellungen aus der Wirklichkeit geboren sind, gilt von ihnen das Wort Bacos von Verulam: Scientia nihil aliud est quam veritatis imago. Die Resultate der germanistischen Rechtsforschung sind geeignet, den Zwiespalt zwischen der Theorie und den Forderungen des praktischen Lebens auszugleichen. Bei der bloßen Konstatierung des Wertes unseres einheimischen Rechts darf es allerdings nicht sein Bewenden haben, sondern in tatkräftiger Arbeit muß immer stärkerer Einfluß auf die Gesetzgebung errungen werden. Unsere Disziplin muß anstreben, daß das Zukunftsrecht überall dort germanisiert werde, wo deutsche Rechtsgedanken ihren Wert für die moderne Zeit behauptet haben, aber noch der Anerkennung harren. Die Aufgabe der germanistischen Rechtswissenschaft wird indes durch kein wie immer beschaffenes Zukunftsrecht erledigt werden. „Stets wird sie berufen bleiben, das jeweilig geltende Recht mit dem unverlierbaren nationalen Rechtsgedanken in Verbindung zu setzen. Und niemals wird sie aufhören dürfen, daran zu arbeiten, daß unser Recht, wo es nicht deutsch ist, deutsch werde" (Gierke).

[1]) Jahrb. f. Dogmatik XL. S. 202.

Digitized by Google

Wir haben heute erkannt, welch fruchtbarer Boden das ältere germanische Recht für die Lösung moderner Haftungsprobleme ist, wie gerade der Fragen, welche die angeblichen Pfandrechte an eigener Sache betreffen. Dieser Erkenntnis aber hat Karl von Amira durch die Erschließung des nordgermanischen Rechtes Bahn gebrochen. Dem verehrten Lehrer eigne ich diese Blätter mit dem herzlichen Wunsche zu, daß die wuchtige Schaffenskraft, welche uns sein großzügiges Wirken auf dem Felde der germanischen Rechtsgeschichte geschenkt, ihm noch durch viele Jahre eine treue Begleiterin sein möge.

Digitized by Google

ZUR FRIESISCHEN KAMPFKLAGE.

VON

CLAUDIUS FRH. VON SCHWERIN.

Digitized by Google

Verzeichnis von Abkürzungen.

v. Amira, Recht = Grundriß des germanischen Rechts[2] (Sonderabdruck 1897).
— Handgebärden = Die Handgebärden in den Bilderhandschriften des Sachsenspiegels (Abh. d. Bayer. Akad. d. Wissensch., I. Kl., XXIII, 2 S. 163 ff.)
— Germania = Zur salfränkischen Eideshilfe (Germania Bd. XX).
Bethmann-Hollweg = Germanisch-romanischer Zivilprozeß.
Brunner, RG. = Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I[2], Bd. II[1].
— Forschungen = F. zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts (1895).
— Schwurgerichte = Zur Entstehung der Schwurgerichte (1872).
Dr. = Alter Druck (Näheres s. S. 181, Anm. 1).
Emsg.-LR. = s. Hettema.
Fiv.-LR. = s. Hettema.
Fockema-Andreae = Het Bewijs in Strafzaken etc. in Tijdschrift voor Strafrecht S. 46 ff.
H. H. = H. Hettema, De Godsoordeelen in Friesland in De vrije Fries IV (1846), S. 269—306.
Heck, GV. = Altfriesische Gerichtsverfassung (1894).
— Gemeinfreie = Die Gemeinfreien der karolingischen Volksrechte (1900).
— Standesverhältnisse = Die friesischen Standesverhältnisse in nachfränkischer Zeit (1907).
van Helten = Altostfriesische Grammatik (1890).
Hettema, Emsg.-LR. = Het Emsiger Landregt van het Jaar 1312. Hrsg. d. M. Hettema (1830).
Hettema, Fiv.-LR = Het Fivelingoer en Oldampster Landregt. Hrsg. d. M. de H. Hettema (1841).
His Strafrecht = Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter (1901).
J. = Handschrift Jus municipale Frisonum (s. S. 181, Anm. 1.)
Jur.-Fris. = Jurisprudentia Frisica. Hrsg. v. M. Hettema (1834 bis 1835); angeführt nach Teilen und Absätzen.
Mayer, VG. = Deutsche und französische Verfassungsgeschichte.

Digitized by Google

O. F. W. = Oude friesche Wetten (Leeuwarden 1782).
Ostfr. LR. = s. Wicht.
O. W. = Oude friesche Wetten, I. II., Hrsg. v. H. Hettema (1846—51).
Planck, Gerichtsverfahren = Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. I, II.
Pufendorf = Observationes juris universi tom. III. (1756), Appendix.
Richthofen, Rq. = Friesische Rechtsquellen (1820).
— Wb. = Altfriesisches Wörterbuch (1820).
— U. = Untersuchungen über Friesische Rechtsgeschichte (I, II, 1, 2. III, 1).
Rq. = s. Richthofen.
Schröder RG. = Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte[6] (1907).
Sch.-R. = Westerlauwersches Schulzenrecht.
Siebs Studien = Westfriesische Studien (Abh. d. Akad. d. Wissensch. in Berlin 1895).
— I = Geschichte der friesischen Sprache in Pauls Grundriß der germanischen Philologie I[2].
— II = Friesische Literatur, ebenda II[2], Lief. 3.
U = Codex Unia (s. S. 181, Anm. 1).
Wiarda, Asegabuch = Asegabuch, ein altfriesisches Gesetzbuch der Rüstringer (1805).
— Willküren = Willküren der Brockmänner (1820).
Wicht = Das ostfriesische Landrecht nebst dem Deich- und Syhlrechte (1746).
Wilda, Ordalien = Artikel O. in Ersch und Grubers Enzyklopädie.
ZRG. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte (angeführt nach durchgehender Zählung).

Digitized by Google

Eine besondere Form der Klageerhebung ergab sich im germanischen Recht durch die Verbindung des Klagevorwurfs mit der Herausforderung zum Gottesurteil oder Zweikampf, wie uns jene Lex Sal. LIII in der „admallatio ad ineum", diese Ssp. I 63 im „kämpflichen Gruß" zeigt. Einen Beitrag zur Geschichte dieser Kampfklage sollen die folgenden Zeilen geben, indem sie sich mit einem größeren, gerade dieser Klageart gewidmeten Abschnitt des sogenannten „westerlauwerschen" oder „älteren Schulzenrechts" beschäftigen [1]).

---

[1]) Über diese Rechtsquelle vgl. Richthofen Rq. S. VI; Heck GV. S. 12, Anm. 13; ders., Gemeinfreie S. 390 ff.; ders., Standesverhältnisse S. 66; E. Mayer VG. I, S. 5, Anm. 16; His, Strafrecht S. 8; Jäkel ZRG. XLI S. 181. Siebs Studien, bes. S. 33; I, S. 1172 und II, S. 543; ders. bei Heck GV. S. 487 ff. Ohne die Frage nach Entstehung und Überlieferung endgültig entscheiden zu wollen, bemerke ich, daß m. E. die Datierung vor dem 13. Jahundert durch Heck richtig ist. Allerdings muß ich Jäkel zugeben und zugleich gegen Heck und His bemerken, daß das Sch.-R. eine Kompilation von Bestimmungen verschiedenen Alters ist. Da der von Siebs zu erwartende Text noch nicht ganz erschienen ist, war ich angewiesen auf die Drucke bei Richthofen Rq. S. 387—400 (bezeichnet mit Dr.) und Hettema O. W. II, 1 S. 30—63 (bezeichnet mit J.), die Kollation des sogenannten alten Druckes durch B. Hettema in Germania XXXV S. 1 ff. und den Abdruck der ersten 16 (15) Paragraphen aus dem Codex Unia (bezeichnet mit U.) bei Siebs Studien S. 47 ff. Außerdem hat mir Herr Prof. Siebs in liebenswürdigster Weise Abschriften und Kollationen einiger Paragraphen aus seiner Abschrift des Codex Unia zur Verfügung gestellt, wofür ich ihm auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aus spreche. Über den Wert des Codex Unia möchte ich gegenüber Jäkel

Digitized by Google

Nur eine Interpretation der einschlägigen §§ 38—48 dieser Quelle soll versucht werden. Weder liegt es im Plane der Arbeit, die Ausbildung der Kampfklage in ganz Friesland darzulegen, noch die Stellung des Gottesurteils überhaupt im friesischen Prozeß zu untersuchen. Nur gelegentlich und soweit nötig zur Erläuterung sollen andere friesische Quellen herangezogen werden[1]).

I.

Die angegebenen Paragraphen des Sch.-R. befassen sich mit dem Falle, daß „di fria Fresa op een oderne een stryd tinghia wil" daß ein Friese gegen einen anderen eine Streitklage erheben will, eine Klage, die zu einem stryd führt, weil sie von Anfang an, dem Willen des Klägers gemäß, dazu führen soll, nicht infolge eines Beweisurteils.

Stryd, lautlich entsprechend ahd. strît nhd. Streit, bedeutet nach Richthofen[2]) 1. Streit, Kampf, Uneinigkeit, Zwist, 2. gerichtlicher Zweikampf. In der letztgenannten Bedeutung gebrauchen es unbestritten die §§ 38—48 Sch.-R. Fraglich aber ist und auch von Richthofen nicht durchweg entschieden, wie sich die übrigen Stellen, in denen das stryd erwähnt wird, auf diese Bedeutungen verteilen; da diese Verteilung von Wichtigkeit wird für die Entscheidung der Frage, welche Bestimmungen zur Erklärung herangezogen werden können, ist sie zunächst durchzuführen. Dabei gehe ich von der Richthofenschen Verteilung aus und behandle nur

---

ZRG. XLI S. 187, Anm. 2 feststellen, daß ich dessen Text des Sch.-R., soweit ich ihn kenne, aus sachlichen Gründen für dem Original näherstehend halte als Dr. und J. Vgl. über die Texte neben Siebs Studien noch Siebs Grundriß S. 1172 und ebenda II S. 543.

[1]) Zur Kampfklage überhaupt sind zu vgl. Brunner Rg. I[2], S. 263 ff., II[1], S. 374, 406 ff., 414 ff., insbes. 418; v. Amira Recht S. 167 ff.; Schröder Rg.[5], S. 89, 378 und die dort, insbes. bei Schröder zu §§ 13 und 37, Angeführten.

[2]) Wb. s. v. strid.

Digitized by Google

noch die Stellen, die Richthofen selbst als zweifelhaft bezeichnet hat, sowie diejenigen, die m. E. anders als von ihm geschehen, zu verteilen sind. Richthofen stellt die Bedeutung als zweifelhaft hin:

1. in § 61 Sch.-R.: „Dit is riucht, al deer een stryd mit schelta ban ende mit aesga dom seend is, ende di onspreker in een oderis schelta ban beth an den odera spreckt, ende hi him to stryde ladet, so schil hi quaen etc."
2. in § 62 Sch.-R.: „Dit is riucht, dat ma mit des dada tiuch naet fora ne waria mey, bihalua om fiouwer deden; dyoe ene om een stryd, hoer hit biseend si soe bifuchten; dat oer om een eerwe, hoer aen hit bitinget se soe naet; dat tredda om een bodeldeel, hor hit him eer to socht were; dat fyaerde om een hofferd."

Um die Entscheidung bezüglich der ersten Stelle zu ermöglichen, ist es nötig, den Text der ganzen Stelle zu geben, wobei ich bemerke, daß in dem Folgenden stryd nach Richthofen[1]) die zweite Bedeutung hat (Zweikampf). Die Fortsetzung lautet:

„hi ne moghe him naet to stryde laya, om dat hyt him eer to sochte bi des schelta ban der eer dissem waes, ende bi dis aesga doem, ende an da bura eheer, dat hi mit XII eden kestigade, ende die aesga dat deytingh deelde, ende ick dae alle to dae bewysda deytingh taech, also aeft ende also riucht dat ick nu mit riuchta naet thoer toieens di toe stryde staen, ieftu des bisecka wilt so weddia ick di also deen tiuch als di aesga deelt. So deelt him di aesga dat aefte tiuch: Of hi libben is so schil hit sidsa di schelta deer wr him da ban lath, ende di aesga deer da eden stowad, ist dat hi libbe; ief hia naet ne libbet so schillet saun dis koninges orkenen, deer binna da ban

[1]) A. a. O. S. 2.

Digitized by Google

setten sen, aller lyck swara een sonderinga eed, dat hia et mit agenen sagen ende mit aren heerden, dat di aesga da eden stowade ende hi da laden alle taegh bi des schelta ban ende bi des aesga doem. Ende soe schillet saun swara fan dis koninges orkenen, ende foerfulla des aesga doem, ende swara dat hia et mit aegenen sagen ende mit aren heerden, dat di aesga da eden alle stowade. So schillet hia saun sidsa, een afara ende sex folgia, dat hya deer mey weren, dat hyt him eer to sochte bi des schelta ban ende bi des aesga doem, ende dat hi him tolef eden weddade, ende da alle taegh also fyr soe hyse hera wolde, ende nu mit mara riucht staen schil soe dan hise slita schil."

Ich trage nun kein Bedenken strid in dem zuerst (oben No. 1) angeführten Satze als Streit (Bedeutung 1), und zwar noch enger als Prozeß zu deuten. Das „strid" ist mit Bann des Schulzen und Urteil des Asega beendet worden, und nunmehr wird der frühere Beklagte noch einmal beklagt. Er macht die exceptio rei iudicatae geltend und führt aus, der Kläger dürfe ihn nicht belangen, weil er damals an dem vom Asega bestimmten Termin den auferlegten Zwölfereid erbrachte. Schon hieraus gewinnen wir einen Anhaltspunkt dafür, daß das frühere strid nicht eine Streitklage war; denn bei ihr hätte es keinen Zwölfereid gegeben. Allerdings könnte man sich einwenden, daß zwar nicht eine Klage auf Kampf stattgefunden habe, aber doch ein auf schlichte Klage hin geschworener Reinigungseid gescholten worden und es so zu einem Kampf gekommen sein könnte. Aber auch dies läßt sich nach dem Verlauf der Sache als unzutreffend bezeichnen. Die sieben Königsorkenen bezeugen, daß der Zwölfereid erbracht wurde, und diese Eide sollen nun „mit mehr Recht stehn, als er (der Kläger) sie entkräften soll." So wird die Klage abgewendet; dabei erscheinen nicht nur die Eide als der Abschluß des früheren Verfahrens, sondern sie werden auch als noch entkräftbar hingestellt, können also nicht entkräftet gescholten sein. Hätte das frühere Verfahren mit einem Zwei-

Digitized by Google

kampf geschlossen, so müßten die Orkenen bezeugen, daß der Beklagte oder sein Kämpfer damals Sieger geblieben sei.

Von hier aus ergibt sich eine starke Wahrscheinlichkeit dafür, daß „strid" in der ganzen Stelle nur Prozeß schlechthin bedeutet. Es ist nicht anzunehmen, daß die Bedeutung des Wortes innerhalb eines Paragraphen ohne jeden Hinweis wechselt. Allerdings scheint His[1]) in der Wendung „toiens di toe stryde staen" (oder wie His nach J. schreibt: „an stride with staen") einen solchen Hinweis zu erblicken. Er meint, es könne sich angesichts ihrer nur um „Stridklagen" handeln; doch kann ich dem nicht zustimmen. Da strid überhaupt den gerichtlichen Streit schlechthin bezeichnen kann, was unbestritten ist, so kann „jemand im Streit gegenüberstehn" auch nur ein Gegenüberstehen im Prozeß bedeuten. Außerdem ist gerade in unserem Falle die Wahrscheinlichkeit gering, daß jetzt eine Streitklage erhoben wird in einer Sache, in der früher eine schlichte Klage angestellt wurde. Diese Gründe veranlassen mich, unter „strid" in § 61 Sch.-R. nur den gerichtlichen Streit zu verstehen, um so mehr als die Terminologie auch sonst schwankt[2]).

In dem zweiten Fall handelt es sich darum, daß eine Tatsache bezeugt werden soll von einem Toten. Das Zeugnis kann ersetzt werden durch ein Gerichtszeugnis des Schulzen oder der sieben Königsorkenen wie im vorhergehenden Fall[3]). Aber dies nur bei denvier genannten Tatsachen, als deren erste steht:

---

[1]) Rezension von Heck GV. in ZRG. XXIX S. 220. Auch H. H. S. 206 nimmt an, daß es sich in § 61 um eine Kampfklage handelt; ebenso S. Gratama in Historische Avonden (Groningen 1896) S. 125.

[2]) Man vgl. einerseits Küre 16 (Rüstr. Text Rq. S. 79): „. . . and stride with stonda mith fiuwer berskinzia campon . . .", andererseits Huns. Küren v. 1252 § 19 (Rq. S. 329) „. . . thettere alder up kempe sunder witherstride . . ."

[3]) Vgl. hierzu die bei Richthofen fehlende Fortsetzung der Stelle in J. (II, 1 S. 55): „hoeck dera thingha soe ma hyr oen bitingha welle, soe schel hit tioegha di scelta, deer wr hem ban latte, ande sauwen dera toelfua, ende di aesga . . ."

Digitized by Google

„dyoe eene om een stryd, hoer hit biseend si soe bifuchten“ (die eine wegen eines stryd, ob es verglichen ist oder ausgefochten.)

Hier ist m. E. ebenfalls die allgemeinere Bedeutung des gerichtlichen Streites anzusetzen. Eine Kampfklage eignet sich nicht zum bisena oder sena, zur schiedsrichterlichen Aussöhnung. Allerdings ist es möglich, daß die Parteien auch noch während des Kampfes sich vergleichen; aber doch wohl nicht bei Kampfklagen, und keinesfalls ist der Fall praktisch von der Bedeutung gewesen, daß er erwähnt worden wäre. Auch ist nicht zu übersehen, daß die Alternative „biseend soe bifuchten“ prägnanter ist, wenn man sie wiedergibt mit „verglichen oder gerichtlich ausgetragen“ als mit „verglichen oder durch Kampfklage entschieden“. Andererseits gebe ich zu, daß das bifuchten sehr für Annahme eines Kampfes spricht, wenn es sie auch nicht durchschlagend als richtig beweist. Es ist eben möglich, daß zwar nicht an eine Kampfklage zu denken ist, aber an die Endigung einer schlichten Klage durch Kampf. Und diese Annahme halte ich für die richtige, so daß die Stelle für uns ausscheidet. Von den Stellen, die m. E. nicht ohne weiteres mit Richthofen der zweiten, engeren Bedeutung zuzuweisen sind, behandle ich zuerst

§ 26 Sch.-R.: „Dit is riucht, dat dae schelten deer bodtingh haldet toe middey, eer unden bannes bigonnen habba schillet, om dat stryd deer ma al deer greta schil bi sonna opgongh“ und

§ 27 Sch.-R.: „Dit is riucht, als dyoe sonna sighende is, ende dyoe kw da klewen dene deth, so ne thoer di fria Fresa efter dam dis deys an stride with staen, om dat by eer gret ne was“ [1]).

---

[1]) Die Überschriften zu den Paragraphen sind verschieden. Sie lauten zu § 26 in Dr.: „Dat dae schelta bodthing eer ond bighinne“ in J.: „Fan dae bodthinge“; zu § 27 in Dr.: „Doerma an stride staen efter sonna schyne?“ in J: „Fan botstride“. Aus diesen Überschriften

Digitized by Google

In diesen inhaltlich zusammengehörenden Paragraphen sprechen erhebliche Momente für die weitere Bedeutung. Es heißt in § 27, daß der freie Friese bei sinkender Sonne, wenn die Kuh die Klauen niederlegt, an diesem Tage nicht mehr im Streit gegenüberzustehen brauche, wegen dessen er vorher nicht beklagt war. Daß es sich hier um eine Kampfklage handelt, ist deshalb nicht anzunehmen, weil gerade nach den § 38—48 auf die Erhebung einer Kampfklage die Ausfechtung, und nur diese könnte „an stride with staen" heißen, nicht unmittelbar folgte, vielmehr Fristen dazwischen lagen[1]). Sodann paßt es überhaupt nicht zu dem ebenda geschilderten Verfahren, daß ein Zweikampf zufolge einer Kampfklage erst am Abend begonnen wird. Andererseits halte ich es für möglich, daß es sich um einen im Laufe des Verfahrens etwa durch Eidesschelte herbeigeführten Zweikampf handeln könnte, ebenso wie in dem zuletzt behandelten Falle des § 62 Sch.-R.

In § 26 spricht gegen die engere Bedeutung die Terminologie. Wohl kennt auch das Friesische ein to stride bigreta, ein mit stride bigreta, ein bigreta[2]) schlechthin als Bezeichnung des kämpflichen Grüßens, aber nicht ein strid greta; ganz ebenso wie es auch im Sächsischen heißt to kampe groten[3]). Andererseits wird die Bestimmung dadurch nicht unverständlicher; sie sagt, daß man bei Sonnenaufgang die Klage erheben soll.

His[4]) nimmt auch bei diesen Stellen wegen des an stride

ergibt sich m. E. für die Erklärung nichts. Oder sollte botstrid das gebotene strid, das durch Beweisurteil herbeigeführte strid sein? Dann wäre keinenfalls an eine Kampfklage zu denken.

[1]) Nur in § 77 der Hunsingoer Bußtaxen (Rq. 341) finde ich den Fall sofortigen Schwörens der Eide. Ob aber am gleichen Tag der Kampf auch ausgefochten wird, scheint mir fraglich. Viel eher möchte ich annehmen, daß in dieser Stelle der Schluß „enne strideth suera, end enne otherne hera" das „an stride with stonda" erklären soll.

[2]) Die Stellen vgl. bei Richthofen Wb. s. v. bigreta.

[3]) Vgl. Ssp. II, 3 § 2.

[4]) A. a. O. Er stellt dabei einen Gegensatz zwischen § 45 und § 27 fest.

Digitized by Google

with staen eine Kampfklage an, desgleichen aus eben diesem Grunde in

§ 16: „Dit is riucht, dat di fria Fresa ne thoer bi des greuua ban an stride toeienst him staen, hit ne se datter him syn schelta wr tioga."

Heck[1]) ist der gleichen Meinung und schließt daraus, daß im Schulzenrecht „die Kompetenz des Grafen für (Kampf-) Klagen auf die Fälle des Ungehorsams beschränkt" wird[2]), wogegen His dann ausführt, daß sich aus diesem Falle nur eine Beschränkung der Streitklagen vor dem Grafen auf Ungehorsamsfälle ergibt. M. E. hat Heck recht; denn es ist nicht einzusehen, warum der Friese gerade bei Ungehorsam in Kampfklagen vor den Grafen kommen soll, warum nicht auch in anderen Ungehorsamsfällen. Und von da aus ergibt sich als natürlicher Sinn der Bestimmung, der, daß sie überhaupt die Zuständigkeit des Grafen für Ungehorsamsfälle festlegen will; dann aber kann „an stride with staen" wiederum Bezeichnung des Stehens im Prozesse überhaupt sein.

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen stelle ich fest, daß die §§ 26, 27, 61 und 62 zur Erläuterung der Kampfklage nicht heranzuziehen sind, und gehe nun über zur Besprechung der Terminologie. Bemerkt sei aber noch, daß eine Berücksichtigung der gedachten Paragraphen die Ergebnisse nicht verändern würde[3]).

In terminologischer Beziehung ist festzustellen, daß das Sch.-R. zwei Arten des stryd unterscheidet: lessa stryd[4]) und

---

[1]) GV. S. 22, Anm. 1. Für die Annahme von Ungehorsamsfällen vgl. die Lesart in J. (II, 1 S. 34) „wrherich wrtioghe".

[2]) Gegen diese Beschränkung His a. a. O. S. 219f.

[3]) Bezüglich des von His a. a. O. noch erwähnten § 9 Sch.-R. möchte ich die Bedeutung strid = Kampfklage ablehnen, dagegen die Bedeutung strid = Gottesurteil für die richtige erachten.

[4]) §§ 39, 42; dagegen ist in Hunsing. Bußtaxen § 77 die Rede von thet minnera stryd. Vgl. zu dieser Terminologie v. Amira, Recht, S. 109 Bewer ZRG. 26, S. 119, Anm. 3.

Digitized by Google

mara stryd[1]), kleinen und großen Kampf. Jener ist der Kesselfang, dieser der gerichtliche Zweikampf mit Schwertern. Dat lessa stryd ist dementsprechend an anderer Stelle bezeichnet als ketelfangh[2]) oder wetirkomp[3]) oder ketelordel oder ordel schlechthin[4]) oder endlich ketel[5]). Einen Ausdruck für den Zweikampf ausschließlich kennt dagegen das Sch.-R. nicht[6]); denn wenn auch kamp in westerl. Quellen nur den Zweikampf bezeichnet[7]), so ist dieses Wort doch an sich auch geeignet, den Kesselfang zu bezeichnen, wie wetirkomp zeigt und die Bezeichnung kempa für den Vertreter beim Kesselfang[8]).

---

[1]) § 42; außerdem Hunsing. Bußtaxen § 77.

[2]) § 38; außerdem 10. Landrecht (westerl. Text, Rq. 59, 27) Rq. 409, § 16; ketelfong in U.

[3]) Rq. 408, 25. Hierher gehört auch Rq. 408, 30f.; „Hweerso een man iefta wyff hya baernd habbet an da wallende wege . . .“ In Lex Fris. III § 6 heißt der Kesselfang iudicium dei in aqua feruenti; vgl. ebenda XIV, § 3. Wiarda, Asegabuch S. 248 hält „wallende wege“ für die älteste Bezeichnung; auch O. F. W. S. 48 sehen darin eine Bezeichnung des Ordals selbst. M. E. zwingt nichts dazu „wallende wege“ anders als nach dem Wortsinn, wallende Wage zu deuten. Erst das iudicium in aqua ferventi ist das Ordal des Kesselfangs, nicht die aqua fervens, die gleiche Ausdrucksweise in Fiv.-LR. V, § 33: „sa scel hi thes mith IX fivrum untgunga.“

[4]) Sch.-R. §§ 40, 41. Überschrift zu § 38 in J: „Fan dae kretelordele“; Überschrift zu § 40 ebenda: „Fan dae ordele § 40: Dit is riocht fan ordele“.

[5]) Rudolphsbuch § 10 (Rq. S. 428): „soe moet hi dine ketel ontfane.“

[6]) Swirdkempa heißt in §§ 43 und 63 der „Schwertkämpfer“, wie auch Richthofen Wb. s. v. angibt. Allerdings legt die Fassung in § 43 bei Vergleich mit § 38 nahe, an „Schwertkampf“ zu denken; aber das ist philologisch unmöglich. Mit „Schwertkampf“ geben das Wort wieder F. O. W. S. 54.

[7]) Rq. 408, 22

[8]) Unverständlich ist mir, warum Richthofen kampschield Rq. 23, 32) mit Kampfschuld wiedergibt. Warum sollte „mit campschielde urwinna“ nicht heißen können „mit dem Kampfschild überwinden“? Etwa wegen der Dativform auf e? Das wäre kein zwingender Grund. J. (II, 1 S. 77) gibt die Lesart: „iefta mey kampstalle schiuldich wennen wirt“, die Kampfschild näher steht als Kampfschuld, mir jedoch nicht sehr zuverlässig scheint.

Digitized by Google

Stryd alleinstehend bedeutet bald beide Arten zusammen[1]), bald nur dat mara stryd[2]). Die Partei heißt eg[3]), der Kläger oentingere[4]), der Beklagte haldere[5]).

II.

Der oben erörterten Terminologie entspricht es, daß Zweikampf und Kesselfang gleicherweise durch Kampfklage herbeigeführt werden können[6]) und das Verfahren im wesentlichen nicht verschieden ist, ob nun der Kläger den Beklagten zum Waffenstreit oder zum Wasserurteil zwingen will[7]). Das Verhältnis zwischen beiden Arten des stryd ist nicht dergestalt, daß der Kesselfang regelmäßig subsidiär eintritt, sondern derart, daß beide Arten koordiniert sind. Die Tatsache, daß die auf Schwertkampf gerichtete Klage zum Kesselfang in Ausnahmefällen führen kann, vermag die Möglichkeit der Erhebung einer Klage auf Kesselfang an primärer Stelle nicht zu beseitigen[8]). Neben dem kämpflichen Gruß des Sachsenspiegels steht die admallatio ad ineum der Lex Salica[9]).

---

[1]) So z. B. Rq. 392, 33.

[2]) Rq. 393, 17, 24.

[3]) Vgl. Überschrift zu § 43 in Dr.: „Van da stryd ende van ayder igghe."

[4]) Sch.-R. § 39.

[5]) Sch.-R. § 39.

[6]) Das ist im allgemeinen nach germanischem Recht nicht Regel. Vgl. hierüber Brunner Rg. II[1], S. 374. Dahn, Bausteine II S. 61.

[7]) Doch teilen sich die einschlägigen Bestimmungen des Sch.-R. äußerlich in zwei Teile, von denen der erste (§§ 38—41) den Kesselfang behandelt, der zweite (§§ 43—45) den Zweikampf. Dazwischen steht eine Vorschrift über Überleitung der Zweikampfklage in Kesselfang (§ 42); am Schlusse stehen gemeinsame Bestimmungen (§§ 46—48).

[8]) Dagegen Brunner, Schwurgerichte S. 52: „nur subsidiäre Anwendung fanden die einseitigen Ordalien." Für das Verhältnis zwischen Eid, Kampf und Kesselfang im friesischen Recht vgl. 12. Rüstr. Küre (Rq. 116), Brokmerbrief §§ 78, 102, 105, 106, 146; Fiv.-LR. IV, 17.

[9]) Hierüber v. Amira Germania XX, S. 61.

Digitized by Google

Zweikampf und Kesselfang erscheinen als innerlich gleichwertige Formen des Gottesurteils, weshalb es im Sendrecht heißt:

„ . . . om dat di camp is dera fyf ordela godes een, dera trina heta ende dera twira caldera“ [1]).

Gleichwohl steht es nicht völlig im Belieben des Klägers, ob er den Beklagten zum Kesselfang oder zum Zweikampf grüßen will. Denn das Sch.-R. setzt eine Summe fest, die der Streitwert erreichen muß, damit eine Kampfklage überhaupt zulässig ist, und diese Summe, di strydwirdiga schat oder strydheftich schat [2]) ist verschieden bei den beiden Arten des stryd. Sie beträgt nach § 38 für den Kesselfang 4 Unzen und 14²/₈ Pfennig, nach § 43 für den Zweikampf 3 Pfund und 8 Unzen. Unberührt ist die Frage, ob bei Erreichung des höheren Wertes der Kesselfang ausgeschlossen und der Zweikampf allein zulässig ist [4]).

Für die Tätigkeit des Klägers, die der Ssp. ein to kampe groten nennt, gebrauchen unsere Stellen die Wendungen to stryd tingia [5]), toe stride bitingia [6]), mit stride bigreta [7]), op een oderne een stryd tinghia [8]), im besonderen beim Zweikampf auch toe ene swirdkempa tinghia [9]).

---

[1]) Rq. 408, 22 f.

[2]) Die Stellennachweise s. bei Richthofen Wb. s. v. v. strydheftich und strydwerdich. In J. heißt es (Überschrift zu § 43): „Fan strydwerdigha scette“; in U.: thi stridwordega scet.

[3]) Vgl. hierzu Heck, Gemeinfreie S. 228; Standesverhältnisse S. 136 Anm. 3, 171 Anm. 4.

[4]) Über kampfwürdige Beträge in anderen Rechten vgl. Lex Angl. et Werin. C. 56 (2 sc); Lex Salica LIII (15 sol.); für Friesland vgl. noch Rq. 472, 23 (tria pond ende fioerteen graet); 447, 36 ff. (VIII ensa and thria pund, thet pund is XX gratha, and tha ensa XXIV grata and fior wite panninghen).

[5]) Rq. 392, 33; 393, 5; 394, 35.

[6]) Rq. 393, 4.

[7]) Rq. 393, 12; 394, 38 (mitta stryd bigreta).

[8]) Rq. 394, 27.

[9]) Rq. 393, 18; vgl. dazu oben S. 189 Anm. 3. Hier ist auch zu erwähnen die Überschrift zu § 41 in Dr.: „Hu ma on tingia schel fan

Digitized by Google

Damit ist aber noch nicht festgestellt, in welcher Form[1]) und wo das „stryd tingia“ sich abspielt, ob ihm allenfalls ein Ladungsakt vorausgeht, oder ob sich die Klage auch richten kann an Einen, der, wie der Ssp. sagt, ungewarnet dar komen is. Auch auf diese Fragen gibt uns der Text unmittelbar keinen Aufschluß, sondern sie lassen sich nur durch Schlüsse lösen.

Einige Gesichtspunkte gibt

§ 43: „Dis is riucht, ief hi toe ene swirdkempa tinghia wil, dat hi naet lessa bigreta mey dan tria pond en acht eynsa, dat is di strydwirdiga schat. So schil di fria Fresa da odera to tingia een tingh ende dat oder dat tredde en dat fiarde an bannena tinghe . . .“ (Das ist Recht, wenn er zu einem Schwertkämpfer dingen will, daß er nicht weniger klagen mag als 3 Pfund und 8 Unzen, das ist der streitwürdige Schatz. So soll der freie Friese dem anderen zudingen ein Ding und das andere, das dritte und das vierte an gebanntes Ding[2]).)

Es frägt sich, was man unter dem „zudingen“ verstehen soll. Jedenfalls ein Dingen, das den „anderen“ herbeibringen

---

de kampa“, die offensichtlich am falschen Platze; vgl. für spätere Zeit (1350) Stallaert Glossarium s. v. camplijck.

[1]) Hierüber unten S. 198, Anm. 2.

[2]) Zu dieser Übersetzung ist folgendes zu bemerken. Da odera ist, wenn der Text richtig ist, Dat. Sing. (Richthofen bringt die Stelle weder unter thi noch unter other). Dementsprechend lautet die Stelle in J (II, 1, S. 43) „dae oerem . . . toe tinghia“, in U. „tha othere . . . to thingia“. Die sprachliche Möglichkeit eines Akk. Pl. halte ich sachlich für ausgeschlossen. Wer sollen die „Anderen“ sein? Für „an bannena tinghe“ gibt U. „an sinne bannena thinge“. Dadurch wird es klar, daß „bannena tinghe“ ein Akk. Sing. ist. Gerade für den Akk. Sing. ist die Form sinne mit Verdopplung des Konsonanten charakteristisch. (Vgl. Richthofen Wb. s. v. sin. Siebs I, S. 1355). An kann Präp. mit Akk. sein; der Akk. bannena kommt auch sonst vor. (Vgl. Rq. W. 415, 12, 22). Unrichtig ist der Akk. thinge statt thing; aber hier kann man Einfluß des vorausgehenden sinne bannena annehmen.

Digitized by Google

kann, und zwar an das gebannte Ding. Ahd. thingôn (tingôn) bedeutet „Gericht halten, eine Sache führen, unterhandeln, Verabredungen treffen, Vergleich oder Frieden schließen," thingôn auch „verhandeln" schlechthin[1]). Es steht nichts im Wege, eine gleich weite Bedeutung auch für das Friesische anzunehmen. Es kann to tingia mit Rücksicht auf „an sinne bannena tinge" jedes auf ein Herzubringen gerichtete Verhandeln, also auch eine Verhandlung zur Herbeiführung der Ladung sein. Ziehen wir dies in Rechnung, dann sagt § 43, daß der Kläger vor Gericht (een ting etc.!) die Klage erhebt und hierdurch die Ladung des Beklagten veranlaßt, sei es nun, daß der Richter lädt, sei es, daß der Kläger selbst die Ladung ausführt. Faßt man an bannena thinge als Dat. Sing., was m. E. unzulässig, dann könnte to tingia in der Weise erklärt werden, daß to nicht zu tingia gehört, sondern adverbial steht statt derto und zurückweist auf das to stryde tinghia des vorhergehenden Satzes.

Wollte man aber annehmen, daß to tingia nicht den Begriff des Ladens umfaßt, überhaupt nicht eine die Ladung des Beklagten herbeiführende Handlung bezeichnet, sondern die Erhebung der Streitklage gegenüber dem anwesenden Beklagten, so ergäbe sich angesichts der Tatsache, daß erst im vierten Ding das stryd gewettet werden muß, das to tingia aber in jedem Ding erfolgt, nach § 46 auch erst bei Nichtabschluß der Wette in diesem Ding die Folgen der Rechtsweigerung eintreten, die Erscheinung, daß der anwesende Beklagte sich dreimal kann ansprechen lassen, ohne zur Antwort gezwungen zu sein, und erst beim vierten Mal antworten muß. Das widerspricht allen Regeln germanischer Prozeßführung und ist nicht anzunehmen. Schon deshalb ist es richtiger, zu unterstellen, daß der Beklagte bei Erhebung der Streitklage nicht anwesend war. Dann tritt der auch im Prozeß des sächsischen Rechts oft erörterte Fall ein, daß der

[1]) Vgl. hierüber Schade, Althochdeutsches Wörterbuch[2] s. v. dingôn; Graff, Althochdeutscher Sprachschatz V, S. 189.

Digitized by Google

Beklagte vorgeladen werden muß, und zwar, wenn er zunächst nicht erscheint, wiederholt; aber nur nötigenfalls wird nach sächsischem Recht ein zweiter oder ein dritter Gerichtstag angesetzt. Der einmal erschienene Beklagte muß sich der Antwort wehren oder antworten; daß er die Klage anhört und es darauf ankommen läßt, daß ihn der Kläger ein zweites oder gar noch ein drittes Mal anspricht, ist ausgeschlossen. Aber auch im Sch.-R. haben wir Anhaltspunkte, daß das wiederholte Ding für den Fall der Dingversäumnis gedacht ist. So heißt es

Sch.-R. § 31: „Jefse sine eed nellet ontfaen, dat hy da tinge alle fiower tingia schil",

ferner Sch.-R. § 46: „... iefta dat fyfte schil ith sine fordele wessa om dat tinghlase."

Wenn wir ferner beachten, daß der Beklagte den Frieden nach § 46 erst verliert, wenn er im vierten Ding den Streit nicht wettet, daß nach sächsischem Recht der Kläger die Ungehorsamsfolgen schon beantragt, wenn der Beklagte im dritten ihm angesagten Ding ausbleibt, daß aber doch auch hier das dritte angesagte das vierte in der Sache sein kann, weil der Beklagte im ersten ungeladen fehlte, so möchte man auch für den § 43 Sch.-R. annehmen, daß im ersten Ding die Klageerhebung in Abwesenheit des Beklagten stattfand und erst das zweite, dritte und vierte Ding dem Beklagten gekündigt war. In dieser Auffassung wird man bestärkt durch

Rudolphsbuch § 6: „... hweerso ma dy frya Fresa tho how bodet aen dey ende dyn odera ende dyn tredda, ende hy dan naet comma nel, so aeghma hyne itta fiaerde dey to sekane to sine how mit brand ende mit breeck."

Werden auch hier die Ungehorsamsfolgen erst itta fiaerda dey durchgeführt, so wird doch der Beklagte nur dreimal geladen. Ganz dasselbe ergibt sich aus

Sch.-R. § 55: „Jef ma een man ti da how op claget so schil di grewa da schelta bieda dat hine to how bodie;

Digitized by Google

so schel di schelta da bannere byeda, dat hi dine man toe howe bodie tweer dagen aen syne bura andert; ief hi dan naet komma wil, so aegh him di schelta dis tredda deys self to bodyen oen synre bura andert; ief hy dan ieta naet komma wil, soe aegh hy him dis fyaerda deys thi dae houwe wrherich toe tyoeghen."

Auch hier Feststellung des Ungehorsams nach dreimaliger, erfolgloser Ladung[1]). Auf unseren Fall angewendet führt dies zu dem Satz, daß der Beklagte spätestens auf die dritte Ladung hin den Streit wetten muß, und da nach dem Sch.-R. die Wette erst im vierten Thing erfolgen muß, ergibt sich, daß zum ersten Ding des § 43 der Beklagte noch nicht geladen ist. In seiner Abwesenheit erfolgt Klageerhebung. Sie führt zur Ladung[2]).

Nun entsteht die weitere, oben schon berührte Frage, ob die nun folgende Ladung vom Kläger selbst oder vom Richter vorgenommen wurde. Das Sch.-R. gibt uns darauf keine direkte Antwort. Jedenfalls war auch bei den Friesen das Ursprüngliche die Ladung durch den Kläger selbst. Diesen Zustand kennt das 21. Landrecht (westerl. Text):

„Dit land, deer du mi aef aeschest onriucht, ende to tinge om ladest[3]).

[1]) Vgl. auch noch Rq. 122, 23 ff.; Jur. Fris. III, 12; Pufendorf III App., S. 79. Für das sächsische Recht vgl. Planck, Gerichtsverfahren I, S. 341 ff.; für das fränk. Recht Bethmann-Hollweg I, S. 499 insbes. Anm. 7.

[2]) Vgl. noch Brunner bei Mommsen, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, S. 55. Parallel dem fränk. admallare ist jedoch das fries. to tingia nicht; denn dort bezieht sich ad auf die Richtung, nach der hin geladen wird, hier to auf die Richtung der Worte an den zu Ladenden. Es deckt sich mit ihm insoweit, als auch das admallare die Ladung in sich begreift (vgl. Geffken, Lex Salica S. 194; Siegel, Gerichtsverfahren S. 64).

[3]) Allerdings finden wir dafür in Landr. 1 den Satz, daß der Säumige entschuldigt ist dadurch, dat him di bannere neen tingh keth haet. Und Heck GV. S. 43, behauptet gerade auf Grund dieser Stelle, daß der Büttel „die Parteien zu laden" habe. Aber könnte nicht das „Ansagen" des gesetzlichen Dings gemeint sein, wie in § 23 Sch.-R.? Es

Digitized by Google

Auch heißt es in

§ 36 Sch.-R.: „Dit is riucht, dat hi him dis selu deys ... mit tuam scheltem, ende mit saun synre buren ende mitta aesga, en mit dis ⌈andera bura saun, mitta aefta tinge[1]) ladia schil."

Aber nicht nur spielen hier schon die Gerichtspersonen eine bedeutende Rolle, es fällt auch in die Wagschale, daß gerade hier ein besonders gestalteter Fall gegeben ist[2]), und daß auch sonst das Sch.-R. schon sehr ausgebildet die Ladung von Gerichts wegen kennt[3]), endlich daß bei Ladung des Beklagten durch den Kläger nach Erhebung der Klage im Ding eine nicht ohne weiteres anzunehmende Mischung älterer und jüngerer Form vorläge. Alles in allem deuten die sonstigen Bestimmungen darauf hin, daß auch hier Ladung von Gerichts wegen erfolgt. Sie wird ausgeführt, dürfen wir nach § 55 Sch.-R. annehmen, vom bannere, und zwar an syne bura andert. Wie sich daraus entnehmen läßt, daß das im gleichen § 55 folgende bodia nachher durch sieben Königsorkenen bewiesen wird, heißt dieser Zusatz, daß die Ladung in Anwesenheit dieser sieben erfolgen soll[4]). Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß auch eine geringere Anzahl genügend war[5]),

---

heißt hier „ketha", wie in der von Heck auch angeführten Stelle Fiv.-LR. S. 136, wo aber Heck ebenfalls Ladung des „Dingpflichtigen" annimmt.

[1]) Richtigere Lesart in J. (II, 1 S. 41) „dae aefta tioege"; thing und tiug werden auch sonst verwechselt, wie schon Richthofen s. v. tiuch angedeutet hat. Vgl. hierzu Sch.-R. § 35 in Dr. (tiuge), und in J. (tinge).

[2]) Auffallend vor allem die zwei Schulzen; vgl. hierüber Heck GV. S. 25; auch den aesga läßt Heck GV. S. 70 nur in diesem einen Falle der Ladung beiwohnen.

[3]) Vgl. § 55 Sch.-R.

[4]) Das meint wohl auch Jäkel ZRG. XLI S. 193, Anm. 1.

[5]) Jur. Fris. III, 11, läßt die Ladung in twira orkena andert vornehmen; daß aber die dazwischenliegende Zeit eine Vereinfachung herbeigeführt hat, ist sehr wahrscheinlich. Über an dera bura andert vgl. Heck GV. S. 334 f.

Digitized by Google

Daß die Ladung im Hause des Beklagten erfolgte, ist für den Fall des § 36 Sch.-R. ausdrücklich bestimmt, aber auch für andere Fälle anzunehmen [1]).

Endlich frägt es sich noch, innerhalb welcher Fristen die drei Dinge stattfinden. Auch hierüber sagen uns gerade unsere Paragraphen nichts. Aber einen Anhaltspunkt gibt § 32 Sch.-R. Wenn die hemmerik nicht zur rechten Zeit geteilt ist, so ist jeder husmon einer Buße von zwei Schillingen verfallen. Und dann heißt es:

„So aegh di schelta dae biwysda bota toe monien, fyouwer tingh om saun nachta . . ."

Ganz ebenso aber im Anfang des § 32:

„Dit is riucht om eenre hemrik deel, deer ma bigint itta fyfta tinge efter tolefta dei, dat di schelta moet omme saun nacht aefte ban leda al ti da fyfta tinge."

Handelt es sich hier auch um Bestimmungen für den besonderen Fall der Markteilung, so kann man doch auch für andere Fälle daraus siebennächtige Fristen erschließen [2]).

Was den Dingort betrifft, so findet das erste Ding wohl am gesetzlichen Dingort statt, nicht minder das zweite, dritte

---

[1]) Vgl. Ostfries. LR. I, 8: „De erste Nothsaeke is, dat he bewiesen kan, dat syn Wedderpart em nicht hefft verdaget tho synen egen Hûse offte Haeve, dair he wohnhafftig is." Brunner RG. II[1], S. 332.

[2]) Solche nimmt auch Heck GV. S. 29 an; vgl. ferner die Siebennachtfrist in § 70 Sch.-R. Nicht ganz zweifelsfrei erscheint mir als Quelle die bei Heck S. 28, Anm. 37 angeführte Stelle aus J (II[1] S. 83). Weder gelangt man mit Siebennachtfristen vom neunten Tag nach Johannis zum Remigiustag (1. Oktober), noch verstehe ich, wie sich die Siebennachtdinge mit den gleichzeitig angegebenen echten vereinen sollen. Als eine Ausnahme wird es betrachtet, wenn kürzere Fristen statthaben; in § 11 Wergeld werden die kürzeren Fristen bei Ausbesserung des Kirchenwegs ausdrücklich mit der Not begründet. Endlich erklärt auch die Siebennachtfrist gut die in § 31 Sch.-R. gesetzte Annahme, daß die nach Dreikönigstag stattfindenden fünf Dinge in die Fasten hineinreichen können. Vgl. auch Jäkel ZRG. XLI, S. 219.

Digitized by Google

und vierte. Wenn aber im vierten der Beklagte den Streit nicht wettet, dann gilt die Bestimmung in § 46 Sch.-R.:

„iefta dat fyfte schil ith sine fordele wessa om dat tinghlase [1])."

III.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bei regelmäßigem Verlauf des Verfahrens spätestens im dritten dem Beklagten angesagten Ding das Wetten des Streites erfolgt [2]). Erscheint der Beklagte im vierten (dritten) Ding, ohne den Streit zu wetten, oder erscheint er überhaupt nicht, so gilt die schon erwähnte Bestimmung in

Sch.-R. § 46: „... aegh hya nene ferd, iefta dat stryd biwedia."

Da aber aegh Sing. ist und hya Plur., entsteht die Frage, ob es heißen sollte „aeghen hya" oder aegh hi". M. E. ist die letztgenannte Emendierung vorzuziehen. Und von hier aus ist der Sinn der Stelle der, daß der Beklagte infolge seiner Rechtsverweigerung aus dem Frieden kommt, ein homo faidosus wird; dann findet ein fünftes Ding beim Hause des Beklagten statt, ganz ebenso wie auch im Falle des § 55 nach dem vierten Ding die Fahrt zum Hause des Beklagten folgt [3]). Dort wird dann ein Vollstreckungding gehalten. Daß dieses fünfte Ding ith sine fordele nicht ein letztes Ding ist, um eine Antwort des Beklagten herbeizu-

---

[1]) Das ist auch sonst Folge der Säumnis; vgl. § 32 Sch.-R.; Wergeld § 7 (Rq. 414).

[2]) Nicht gesagt ist, aber anzunehmen, daß vorher die feierliche kämpfliche Ansprache im Gericht stattfindet. Lex Fris. XIV. § 5: „Producat hominem quem voluerit, et iuret: ‚Quod ille homo homicidii, de quo ego interpellatus sum, reus est', tenens eum per oram sagi sui", läßt darauf schließen, daß auch bei den Friesen die Ansprache unter Anfassen des Gegners am Halse erfolgte. Vgl. über diese Form v. Amira, Handgebärden S. 248.

[3]) Fünf Dinge auch Jur. Fris. II, 31.

Digitized by Google

führen geht nicht nur daraus hervor, daß schon im vierten Ding die Außerfriedsetzung erfolgt, sondern auch aus der Parallele in § 32 Sch.-R., wo auch im fünften Ding des „utachtiane" die gerichtliche Beitreibung stattfindet.

Das Verfahren kann aber nicht nur infolge von Antwortverweigerung des Beklagten vom regelmäßigen Verlauf abweichen, sondern auch infolge davon, daß der Beklagte substanziierte Einreden geltend macht. Einen solchen Fall behandelt

Sch.-R. § 42: „Dit is riucht, ief di fria Fresa toe stride bitinget wirth, ende hi queth dat hi aynlikes guedes soe fula oen synre wer naet habbe, dat hi wepen ende wrichten winna moge ende beta iof hit op him falt, soe aegh hit di aesga to delen, dat dit saun synre buren sidsa schillet hi da ede derse da koninge to hulde sworen, ende bi hyara seluis siele, hor hi also graet gued an synre wer hede dis deys da ma him mit stride bigrette; sidset hia him so graet gued da hi mit stride bigret ward, so schil hi dat mara stryd oen ghaen; sidset hia so graet syn gued naet, so schil hi lessa stryd oen ghaen."

Wenn also ein Friese zum Zweikampf angesprochen wurde, konnte er eine „Armutseinrede" vorbringen und dadurch erreichen, daß er statt zum Zweikampf zum Kesselfang schreiten mußte. Er behauptete, nicht so viel eigenes Gut zu besitzen, daß er davon Waffen und Kampfkleider[1]) sich beschaffen könnte und büßen, „wenn es auf ihn fällt". Beantworten wir zunächst die Fragen, die diese Einrede aufgibt.

Rührt die Notwendigkeit, Kampfausrüstung beschaffen zu müssen, her davon, daß der Beklagte selbst kämpfen soll oder davon, daß er die Ausrüstung für einen Kämpfer stellen muß? Ich möchte mich für die erste Alternative entscheiden. Denn der Lohnkämpfer hatte wohl seine eigenen Waffen. Er selbst,

[1]) Zu „wrichten" vgl. Siebs I, S. 1252.

Digitized by Google

nicht der Beklagte, soll kämpfen und bedarf dazu der Waffen [1]). Dies ist leicht verständlich [2]).

Aber an welche Buße ist gedacht bei dem „beta, iof hit op him falt"? Aus dem Zusammenhang ergibt sich und aus dem Sinn der Stelle, daß es eine Buße sein muß, die wechselt, je nachdem ein Unterliegen im Zweikampf oder beim Kesselfang vorliegt. Nun fehlt uns aber eine Bestimmung darüber, welche Bußen beim Unterliegen im Zweikampf zu zahlen sind, und wir können nur aus den Bußen beim Kesselfang Schlüsse ziehen. Von den dort genannten sind raefferda und strydferda nicht variabel; ebenso die Meineidsbußen, weshalb das duplum weregildum in Lex Fris. X. ausscheidet. Einzig und allein könnte in Betracht kommen eine Vorschrift in

§ 38 Sch.-R.: „Dis is riucht, di deer to dae stryd tingia wil, dat hyt lessa bigreta ne mei toe dae ketel-

[1]) Vgl. hierzu Sch.-R. § 21: „Dit is riucht, al deer di fria Fresa XXX pond wird eerwis haet oen synre wer, dat hi hoers ende wepen halda schil to der landwer;ief him dis breckt, so schil hi toienst dine frana mit twam pondembeta. Hwaso haet XX ponda wird eerwis oen synre wer, die schel habba truchslayn wepen; iefta mit twam pondem beta . . ."; die truchslayn wepen scheinen, wie auch Wicht S. 37 annimmt, Schwerter zu sein. Die Lesart in J. „truch lang wepen" mit der offenbar damit in Zusammenhang stehenden Überschrift „fan langhe wepen" scheint Ergebnis von Hilflosigkeit zu sein. Richthofen s. v. thruchsla schlägt vor „etwa Harnisch mit durchbrochenem, das Gesicht schützendem Visier" oder „geschlagene, aus Erz getriebene Waffen". Aber könnte nicht Korruption aus thruchslagand vorliegen? Das „d" könnte leicht abgefallen (vgl. Siebs I, S. 1338) und dann aus der mit dem Part. Perf. Pass. gleichlautenden Form die nur dialektisch verschiedene thruchslayn geworden sein (vgl. noch Richthofen s. v. sla). Das gäbe dann guten Sinn, nämlich „durchschlagende Waffen", „Hiebwaffen" oder „Schwerter". Unterstützend kommt hinzu, daß die im nächstniederen census Stehenden nur Speer und Schild haben müssen, so daß man beim census von XX Pfund die Schwerter geradezu erwartet.

[2]) Der Beklagte hat nicht einmal so viel Vermögen, daß er sich Waffen beschaffen kann. Umsoweniger kann er sich einen Kämpen mieten. Das maius des Mangels schließt das minus ein und wird nur dieses berücksichtigt.

Digitized by Google

fangh dan fyower eynsa ende fioertiensta trimone penningh. Jef syn kempa oen da ordel bifalt, soe schil hi dat twibeet beta ..."

Dies kann heißen, daß man bei Unterliegen im Ordal die durch den Friedensbruch verwirkte Buße doppelt leisten muß, oder „dat" kann auf den streitwürdigen Schatz zurückverweisen. In diesem Falle würde die Buße höher sein bei Zweikampf als bei Kesselfang. Nur so vermag ich diesen Zusatz zu erklären, allerdings ohne den Empfänger des doppelten Streitschatzes sicher bestimmen zu können[1]). Oder sollte der Zusatz überhaupt nicht relevant sein?

Die Geltendmachung der Armutseinrede führt zu einem Urteil des asega, durch das der Beweis der Armut durch sieben Königsorkenen[2]) auferlegt wird. Und zwar sollen diese aussagen, ob der Beklagte an dem Tage, an dem er beklagt wurde, so viel Vermögen hatte. Eine interessante Bestimmung! Der Beklagte wird dafür verantwortlich gemacht, daß er sein Vermögen inzwischen minderte. Er muß kämpfen, gelangt nicht zum Kesselfang, wenn er auch nur am Tag der Erhebung der Kampfklage genügend Vermögen zum Zweikampf hatte. Verstehen läßt sich das allerdings nur vom Standpunkt des Klägers aus. Der Kläger hat ein Recht darauf, daß sich ihm der Beklagte so stelle, wie er ihn gefaßt hat. Denn so wenig wie irgendein anderes Recht, steht das friesische auf dem Standpunkt, daß bei der Wahl zwischen Kampf und Kesselfang dieser vorzuziehen sei, und es kann nicht den Beklagten durch Zwang zum Kampf strafen wollen[3]).

---

[1]) Vgl. das Folgende und über Lex Fris. X das Vorausgehende.

[2]) Über diese vgl. Heck GV. S. 100; Jäkel ZRG. XLI, S. 190; Blom in De vrije Fries XIX S. 760; S. Gratama, Hist. Avonden (Groningen 1896), S. 123 ff.

[3]) Vgl. dazu z. B. Fiv.-LR. S. 110 „. . . sa is tet en erge thing, thet en rike mon anne ermen mon mith stride vrthringe an vnderledzie him al sine hewa; sa drift him thio ermicheit and thio nede alderto, thet hi't scol met witum biweria, thet hi nout strida ne muge

Digitized by Google

Für den Kläger konnte das Festhalten am Kampf von finanziellem Interesse sein, wenn er den doppelten Streitschatz erhielt, denn der Beklagte hatte zwar vielleicht nicht genügend gued-Fahrnis, aber unbewegliches Vermögen[1]).

Da so der Beklagte zum Kampf kommen konnte, ohne genügend Vermögen zu besitzen, so konnte er wohl auch auf die Armutseinrede verzichten, sie überhaupt nicht geltend machen. Die Sache ist nicht, wie Heck[2]) meint, die, daß bei Armut des Beklagten immer Kesselfang stattfand; das steht nicht in § 42, der nur eine Einrede festsetzt: „ief ... hi queth". Abgesehen hiervon aber gibt es noch eine zwischenliegende Möglichkeit, die uns der Brokmerbrief zeigt in

§ 105: „.. hit ne se that hi alsa blat se thet hi kampa naut ne muge and him nen holda tofara stonda nelle, sa skel hi vnga to tha szetele."

Warum sollte nicht auch in Mittelfriesland ein Freund für den Armen haben kämpfen können?[3])

Die Armutseinrede führte, wenn der Armutsbeweis gelang, vom Zweikampf zum Kesselfang. Sie war nicht eine Einrede gegen das stryd überhaupt, sondern nur gegen die vom Kläger gewählte Art des mara stryd. Gegen das stryd überhaupt aber richtet sich die Einrede aus

Sch.-R. § 47: „Dit is riucht, als ma dyn fria Fresa to stryde tinghia wil, ende di ora da wta habba wil, dat hi binna trim degem comma schil, ief hi dae wta habba wil. Jef ma him deer mitta stryd bigret, so schil hi sprecka ende sidsa, hi ne thoer bi dis schelta ban hor iechtwird ner seckwird dwaen ner neen tinger ontfaen, om dat hy deer huis ner hof haet."

---

and nime en het yrsen an sine hond, and friage him, sine haud and sine lond. Thet is allera Fresana riucht. Hwant thio nede tha ewa brecht."

[1]) Wiarda Willküren S. 84 stellt nur fest, daß bei Unterliegen im Zweikampf höhere Bußen zu zahlen waren, gibt aber keine Belege.

[2]) GV. S. 100; ebenso Wilda Ordalien S. 461.

[3]) Wiarda Willküren S. 84.

Digitized by Google

Mit dieser Stelle hat sich auch Heck[1]) schon beschäftigt und sie dahin ausgelegt, daß sie von der Geltendmachung der Unzuständigkeit durch den Beklagten handle. Heck setzt uta = utane = Einwand örtlicher Unzuständigkeit. Ich will nicht bestreiten, das der zweite Satz des § 47 diese Deutung für uta nahelegt. Aber immerhin muß dessen Fassung auch die Frage nahe legen, ob die Überlieferung korrekt ist. Denn worauf soll das „deer" im zweiten Satze hindeuten. Es ist m. E. geboten, zur Deutung von uta noch andere Wege einzuschlagen.

„Uta" ist nach Richthofen[2]) und van Helten[3]) abzuleiten vom fries. utia, ahd. uzôn[4]) und soll gleich sein utane; die Gleichsetzung von uta und utane hat auch Heck angenommen[5]). M. E. ist der Zusammenhang mit utia (uzôn) gesichert. Dagegen möchte ich uta und utane deshalb nicht zusammenstellen, weil utane auch zu u-dua (heraustun) gehören kann. Auch dem Sinne nach wird uta anders gebraucht als utane[6]). Von hier aus finden wir aber nur noch eine Stelle in den friesischen Rechtsquellen, die das Wort uta kennt, nämlich

Wergeld § 2: „... Dat is alle riucht, ief him dera wtha breckt dat is bewys, deer him di aesgha wysd haet, so schil hi mitter haudlesene beta."

Demzufolge ist uta Bezeichnung für einen Beweis, auf dessen Erbringung vom asega Urteil erlassen wurde[7]). Man kann aber annehmen, daß uta nicht schlechthin jeden Beweis bezeichnet, den der asega weist, sondern eben den, den er im konkreten Fall gewiesen hat. Unterstützt wird diese Annahme durch die Lesart in

---

[1]) GV. S. 25.
[2]) Wb. s. v. utane.
[3]) Altostfr. Gr. S. 145.
[4]) v. Helten ebenda S. 233.
[5]) a. a. O.
[6]) Man vergleiche die bei Richthofen a. a. O. angeführten Stellen.
[7]) Vgl. zur uta das awa in Sch.-R. § 67.

Digitized by Google

J (II, 1 S. 137): „Jef him dere vta brect, deer him di aesga wysd haet ...“,

und es ist daher zum Verständnis des Wortes das der Sachlage erforderlich. Sie ist folgende. Der Beklagte will die Totschlagsklage abwenden durch die Einrede, er sei bei dem Kampf, im dem der Erschlagene getötet wurde, überhaupt nicht beteiligt gewesen; er bestreitet seine Passivlegitimation und tritt einen Alibibeweis mit seinem Schulzen und den Orkenen an. Dieser Beweis ist als uta bezeichnet. Aber hier handelt es sich nicht um den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit. Vielmehr liegt hier eine andere prozeßhindernde Einrede vor.

Bringen wir dieses Ergebnis nun in Zusammenhang mit dem Wortsinn. Ahd. uzôn bedeutet renuntiare, demonere, secludere, excludere, also einen Akt des Entäußerns, Verzichtens, Lostrennens. Die gleiche, weite Bedeutung können wir für utia in Anspruch nehmen, und uta kann dann exclusio bedeuten und gerade passend sein zur Bezeichnung einer prozeßhindernden Einrede. Dies berechtigt uns aber auch, mit Heck für uta an unserer Stelle die engere Bedeutung einer exceptio fori anzunehmen, wie dies schon der Herausgeber der O. F. W. getan hatte[1]). Denn da es sich überhaupt um eine prozeßhindernde Einrede handelt, kann man über die hervorgehobene Fassung des zweiten Satzes in § 47, das „deer“, hinwegsehen[2]).

Will der Beklagte die Unzuständigkeit geltend machen, so muß er dies tun binna trim degem, d. h. nach Heck[3]) „innerhalb der drei ersten Dingtermine“ und dem entsprechend sagt J „binna thrim thingum“, ebenso der Codex Unia. Es ist selbstverständlich, daß dies nur drei dem Beklagten angesagte Dinge sein können.

---

[1]) S. 64, Anm. zu § 47; Heck scheint dies übersehen zu haben.

[2]) Um so mehr als das „deer“ in J fehlt.

[3]) GV. S. 25.

Digitized by Google

Das weitere Verfahren beschreibt teils der zweite Satz von § 47, teils aber

§ 48: „Dit is riucht, dat hi sine schelta naemne schil deer hi to tiucht, ende sine nesta buren. Soe aegh him syn aesga deer to delane, dat hyt op dae helgum wita moet hweer syn huis ende syn hof se, hit ne se dat him di schelta mitta tiuge inhalia wil. Jof di schelta him bilyout, so aech hyt op da helgem to swaren, ende di aesga aegh him dyn eed to stowien, hweer syn huis ende syn hof se. Nu schil hi sine bura tweer habba deer hine burgie, ende datse alsoe ryck se dat hya dine strydwirdiga schet al lasta moghe, ief him di schelta hana leth dat hi al deer anderda schil."

Die Interpretation dieser Stelle wird erschwert durch die verschiedenen Lesarten des ersten Satzes. Es heißt in J: „Dat him syn scelta monia schel", im Codex Unia: „Thit is riucht thet hi sine sculta monia scel ther hi to tiuch an sine nesta buran". Die Übereinstimmung der beiden letztgenannten Lesarten beim Zeitwort monia läßt es berechtigt erscheinen, an diesem Wort festzuhalten[1]); die Übereinstimmung des Textes bei Richthofen mit dem Codex Unia im übrigen Text führt dann bei den grammatischen Fehlern des Textes in J dazu, den Richthofenschen Text durch Einfügung von monia statt naemne[2]) zu emendieren.

Auf Grund des Richthofenschen Textes hat bereits Heck die Stelle behandelt[3]). Er geht davon aus, daß in der Wendung „aegh him syn aesga deer to delane" das „syn" prägnant zu nehmen ist, daß es „technisch den Richter" bezeichnet, „welcher für eine Person zuständig ist, und zwar gerade mit Rücksicht auf ihren Wohnsitz, somit in dem Falle der Stelle

---

[1]) Dafür spricht auch die Überschrift zu § 47 in J.: „Fan dis scelta moninga".

[2]) naemne ist auch keine Infinitivform!

[3]) GV. S. 60f.

Digitized by Google

einen Asega aus einem fremden Banne". Heck nimmt an, daß der asega seine Partei in das fremde Gericht begleitete, um dort seinen Spruch abzugeben. Dabei stützt er sich auf zwei Stellen der folgenden Periode auf

> Brokmerbrief § 126: „Hwersamar enne mon inthinsza skel mith sine redieua inna enne otherne fiardandel, sa skel sin rediewa thet spreca vr tha mena acht and sa se hi vnder thingfretha [1])."

und Emsiger-Pfennigschuldbuch § 2: „Hwamsa ma ene skelde ach inna ene other reskipe and him welma achta, sa acht hi tha achtena bi emsgane dome mith sine ayne rediewa in te nimane."

Aber, was bei der Auslegung der ersten Stelle auffällt, auch Heck aufgefallen zu scheint, daß ein asega in einem fremden Gericht urteilt, das wird durch diese Stellen nicht bewiesen. Denn, was der Redjeve im fremden Viertel tut, sagen sie nicht. Und daß ein asega in einem andern del Urteil finden soll, ist so unwahrscheinlich, daß dadurch die ganze Interpretation zweifelhaft wird. Dies dann noch mehr, wenn man bedenkt, worüber „syn asega" Urteil finden soll: darüber, daß er sein Haus und Hof eidlich beweisen soll. Aber das konnte doch jeder asega und die Eidstabung konnte auch jeder asega vornehmen. Sodann ist nicht klar, wie der asega in das fremde Gericht kommen soll. Denn wir hören zwar von einem „monia" des Schulzen, aber nicht des asega. Allerdings mag der asega auch nur übersehen sein.

M. E. ist die Stelle folgendermaßen zu erklären. Der Beklagte ist im fremden Gericht angesprochen. Er will die Unzuständigkeit geltend machen. Dann urteilt ihm der asega, es könne entweder ein inhalia durch den Schulzen stattfinden, oder er könne den Eid über seinen Wohnsitz leisten. Der

---

[1]) Die Stelle ist bei Heck, GV. S. 61, Anm. 16 falsch übersetzt weil Heck den Akk. enne mon für einen Nom. und den Akk. otherne für einen Dativ gehalten hat.

Digitized by Google

Beklagte hat die Wahl. Wenn nun der Beklagte sich für das inhalia entscheidet, dann muß er seinen Schulzen mahnen, auf den er sich berufen will, und seine nächsten Bauern, daß sie kommen und ihn einholen. Und nun ist zweierlei möglich. Kommt der Schulze, so erfolgt das inhalia mitta tiuge. Was aber haben wir unter diesem tiug zu verstehen? J schreibt „mey afte thinghe", der Codex Unia „mith tha efta thiuge". Daraus ergibt sich der Zusatz afte; aber wir sind bei der Häufigkeit der Verwechslung von thing und thiug[1]) nicht genötigt, auch das tiug des Richthofenschen Textes in ting zu verbessern. Dies um so weniger, als die Lesart mitta afte tiuge einen guten Sinn ergibt, die Lesart mitta afte tinge aber ihn nicht ergäbe. Dat afte tiug ist nämlich nach dem Sprachgebrauch der Quellen vielfach das Zeugnis, das vom Schulzen und sieben Orkenen und allenfalls auch noch vom asega erbracht wird[2]). Das inhalia erfolgt, indem Schulze und sieben Orkenen — diese sehe ich in tha neste buren — ein Zeugnis ablegen, daß der Beklagte in ihr Gericht gehört. Ob der asega mit zeugt, ist fraglich, da er ja vom Beklagten auch nicht gemahnt wird.

Die andere Möglichkeit ist die, daß der Schulze him bilyout oder, wie J liest, hine bilest oder, wie Codex Unia liest, hine bileft. Die Worte sind unklar, der Sinn aber m. E. klar. Jef di schelta him bilyout sagt nichts anderes als

„ief him di schelta hana (Cod.U : hina) leth."

Der Sinn ist der, daß der Schulze den Beklagten nicht einholt mit der Folge[3]),

„dat hi al deer anderda schil."

---

[1]) Vgl. Anm. 1 zu S. 196.

[2]) Vgl. hierzu Sch.-R. § 36; Wergeld § 13. An der ersten Stelle ist eine andere Deutung der Formel mitta aefte tiuge, denn als Apposition m. E. nicht möglich. Weil hier der asega bei Ablegung des Zeugnisses beteiligt ist, habe ich es oben als möglich bezeichnet, daß er an unserer Stelle übersehen ist. Aber auch dann urteilt er nicht im fremden Gericht.

[3]) Es ist mir zweifelhaft, ob der Dat.-Satz von burgie abhängt oder subjektiv-final von „hana leth".

Digitized by Google

Allerdings möchte man nach dem mittleren Satze annehmen, daß das nicht die Folge ist. Denn wenn der Schulze nicht einholt, kommt ja dann noch der Eid des Beklagten. Aber die Bestimmung geht vom Regelfall aus. Und der Eid des Beklagten, der nur Aufschluß gibt, wo Haus und Hof liegt, wird, wenn der Schulze nicht einholt, zu keinem andern Ergebnis führen[1]). Oder man kann annehmen, daß die Quelle nur noch den beim Ausfall des inhalia wohl häufigen Fall ins Auge faßt, daß der Beklagte den Eid überhaupt nicht erbringt.

Der Beklagte bedarf sodann zweier Bürgen. Wozu? Sind es Bürgen, de judicio sisti[2]) oder Streitbürgen? M. E. spricht die Zahl gegen die zweite Alternative; denn die §§ 43 und 45 sprechen nur von einem Bürgen. Auch tritt der Streitbürge erst nach der Kampfeswette ein.

Bei dieser Erklärung ist nun „syn" nicht „prägnant" genommen. Aber m. E. ist das angesichts der Tatsache, daß gerade die Nichtprägnanz zu einer Erklärung führt, nicht zwingend erforderlich. Das „syn" ist auch gut verständlich als eine Folge der vorausgehenden „sine".

Von hier aus erscheint der Schlußsatz von § 47 nur als Einleitung zu § 48.

Es verbleibt noch zur Besprechung

§ 46: „Dit is riucht, hweerso di fria Fresa op een oderne een stryd thinghia wil, dat hi comma schil, een thingh ende dat oer ende dat tredde, ende binna da trim tinghen schil sine steden alle naemna, ief hise habba

---

[1]) Eine ungenügende Erklärung der Stelle gibt H. H. S. 256; er meint insbesondere, daß der zu Gericht sitzende Schulze das inhalia vornimmt. Anders liegt der Fall in Jur. Fris. II, 22: „Hwaso een man dyn riuchter werspreckt, dat hij syn riuchter naet wessa mey, so schel dij riuchter ende hya ayder soenlyoed jefta froedlyoed aldeer to nyma, deer dat kenna schellet, hor hij riuchter wessa mey so naet. Uel dij riuchter dat naet kenna leta so „haet hij onriucht".

[2]) Vgl. S. 207, Anm. 3.

Digitized by Google

wil; itta fiaerda tinghe aegh hya nene ferd iefta dat stryd biwedia, iefta dat fyfte schil ith sine fordele wessa om dat tinghlase."

Die Hauptschwierigkeit dieser Stelle liegt in der unsicheren Bedeutung von stede und sie vermehrt sich, wenn wir den abweichenden Text J und Codex Unia heranziehen. Die Stelle lautet in J:

„Fan dae stedum. — Dat is riocht. Soe hweer soe di fria Fresa op en oerem thingath en stride, dat hi coma schel een thing, en oer, dat tredde, dat fiaerde, ende e ta fyfta sine stede alle nyma schel, ief hi se habbe welle; e ta fiaerda thinge nenne stede, hit ne were, dat stryd biweddia, iefta dat fyfte thyng schel ti zyne huse, omme dat tinglase."

Sie lautet im Codex Unia wie in Dr mit folgender Abweichung:

„etta fiarda thinge thinge nenne stede ni ach ni were thet strid wedzia."

Eine Erklärung geben die O. F. W. dahin, daß unter stede Hülfsmittel, Verteidigungsmittel zu verstehen seien[1]), z. B. Ungleichheit der Geburt, Blutsverwandtschaft, unrechte Zeit. Ist sie richtig, dann sagt § 46 dasselbe wie § 47. Denn alle diese Einreden können unter den Begriff der uta fallen.

M. E. ist zunächst festzustellen, auf wen sich das „dat hi comma schil" bezieht. Nach der Fassung in U und bei Richthofen muß man der Sprache Gewalt antun, wenn man es auf den Beklagten und nicht auf den Kläger beziehen will[2]). Die Bezugnahme auf den Kläger wird auch noch durch eine andere Erwägung unterstützt. Dem Beklagten kann nicht befohlen sein, in das erste und das zweite und das dritte Ding zu kommen. Denn nach dem schon oben Ausgeführten hat er ja Anspruch auf dreimalige Ladung, und in § 47 heißt

[1]) S. 63.

[2]) Man vgl. den syntaktischen Aufbau der §§ 6, 21, 35, 43, 56, 63, 67, 76, 77 des Sch.-R. Überall sind Subjekt des Befehlsatzes und des Konditionalsatzes gleich.

Digitized by Google

es, daß er zur Wahrung der uta in einem der drei ersten Termine kommen soll.

Andererseits ist nicht zu zweifeln daran, daß der Schluß „itta fiaerda . . . . . tinghlase“ sich auf den Beklagten bezieht. Die Frage ist also die, ob der Subjektwechsel erst mit diesem Schluß beginnt, oder schon bei „ende“. M. E. schon hier. Denn es ist mir unerklärlich, was man unter stede verstehen soll, wenn ihre Nennung dem Kläger obliegt. Auch spricht die homogene Fassung in § 46: „ief hise habba wil“ und in § 47: „ief hi dae wta habbe wil“ dafür, daß auch in § 46 Subjekt des habba der Beklagte ist. Dann aber scheint mir die Erklärung als exceptio, wie sie O. F. W. geben, nicht unannehmbar. Es steht ihr allerdings entgegen, daß § 47 im ersten Satz nur § 46 wiederholt. Aber dieses Argument wird wiederum sehr abgeschwächt durch den Umstand, daß §§ 47, 48 die Unzuständigkeitseinrede im besonderen behandeln und der erste Satz des § 47 dazu immerhin eine passende Einleitung ist. Möglich ist aber auch, daß beide Bestimmungen nicht nebeneinander entstanden, sondern nur durch Kompilation zusammenkamen.

Wenn ich so auch der Erklärung von stede als auxilium, Hilfsmittel, beitrete, so möchte ich doch noch hinzufügen, daß sich diese Erklärung nicht nur auf die Redensart „zu Statten kommen“ stützen muß. Es gibt vielmehr ein zu dieser Redensart verwendetes Femininum „Statt“, ahd. stata, mhd. state, das die Bedeutung „Hilfe“ hat und dem fries. stede vollkommen entspricht[1]).

IV.

Hat der Beklagte keine Einreden geltend gemacht, und ist er überhaupt erschienen[2]), so erfolgt das „Wetten des Streites, das „stryd biwedia“, spätestens im vierten Ding[3]).

[1]) Vgl. Paul, Deutsches Wörterbuch s. v. Statt 2; Kluge, Etymologisches Wörterbuch s. v. Statt.

[2]) Durch Nichterscheinen wird er sachfällig und verfällt den Ungehorsamsfolgen; vgl. Jur. Fris. III, 13. Erscheint der Kläger nicht, so wird wohl schon in dieser Zeit der Beklagte frei; für spätere Zeit vgl. Jur. Fris. I, 22.

[3]) Unrichtig J.: „Et ta fyfta schel ma dat stryd biwoddia“.

Digitized by Google

Aber von wem wird der Kampf gelobt, nur vom Beklagten oder auch vom Kläger? Bayrische, alamannische und langobardische Quellen lassen den Kampfvertrag als „zweischichtigen" erkennen [1]). Dagegen ersehen wir z. B. aus dem Freiberger Stadtrecht, daß bei kämpflichem Grüße nur der Beklagte den Kampf gelobte [2]). Und auch bei der friesischen Kampfklage ist ein Geloben nur des Beklagten anzunehmen. An keiner Stelle wird eines Gelöbnisses des Klägers gedacht, auch bedarf nur der Beklagte eines Bürgen, endlich spricht der Zusammenhang für diese Auffassung:

„. . . schilma dat stryd weddia. So ist riucht dat hi een burga habba schil [3])."

Das Gelöbnis des Beklagten bedarf einer Sicherung durch einen Bürgen [4]). Aber nicht jeder taugt zum Bürgen; denn

„di burga schil alsoe graet gued habba, dat hi dine strydwerdigha schat lasta mey."

Auch sonst wird im friesischen Recht von dem Bürgen verlangt, daß er ein bestimmtes Vermögen besitze, und zwar so viel, als der Verbürgte gewettet hat, als sohin der Verbürgte leisten muß [5]). Wenden wir diesen Maßstab auch hier an, so zeigt sich, daß der Verbürgte, wenn er nunmehr Rechtes weigert, den streitwürdigen Schatz zu leisten hat. Aber es fragt sich, ob dann der zu leistende streitwürdige

---

[1]) Vgl. Brunner, RG. II, S. 367, insbes. Anm. 12; Bethmann-Hollweg, II, S. 356, Anm. 67.

[2]) XXVII § 15. Vgl. dazu Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis S. 359; v. Amira, Handgebärden S. 219.

[3]) Auch die 12. Rüstringer Küre (Rq. 116, 7ff.) spricht nur vom Wetten des Beklagten. Richtig übersetzt daher Richthofen wedia mit „sicher stellen" „Sicherheit leisten". Aber nicht zutreffend sagen O. F. W. S. 56, das Wetten geschehe durch Bürgenstellung.

[4]) In Dr burga, in J und U berend (bereend).

[5]) Rq. 412, 23ff. Zu dem Friedensgeld selbst vgl. His, Strafrecht S. 247; Jäkel ZRG. XLI, S. 182.

Digitized by Google

Schatz auch in diesem Fall mit der angegebenen Summe übereinstimmt. J fügt zu der letztangeführten Stelle hinzu:

„als hi onder gretword coem",

U fügt hinzu:

„also hine under gretword lette".

Ferner gibt der Text Dr in § 45 zum strydwirdiga schat den Zusatz:

„deer on der gretwird al deer lat was",

und die anderen Texte folgen.

In allen diesen Fällen erfolgt also eine nähere Bestimmung des streitwürdigen Schatzes durch den Hinweis auf die Klageforderung. Nicht das Minimum des streitwürdigen Schatzes soll der Bürge leisten können, sondern die geforderte Summe, die ja allerdings auch ein streitwürdiger Schatz [1]) ist.

Im fünften Ding [2]) erfolgt die Leistung des strydeed [3]) oder ethstrid, wie ihn U einmal sehr treffend bezeichnet. Leider weichen hier die Überlieferungen ziemlich ab, was eine Nebeneinanderstellung der Texte geraten erscheinen läßt.

---

[1]) Nicht erörtert ist der Fall, daß der Beklagte keinen Bürgen findet; vgl. hierzu unten S. 230 und Brunner RG. II[1], S. 368. Unverständlich ist mir Fockema-Andreae S. 51: „De beklaagde moet dan een borg stellen, goed genoeg om de „strijdwaardige som" te betalen, vermoedelijk hiervoor, dat hij in de buurschap blijven zal, totdat de strijd eeden gezworen zijn".

[2]) Sofort nach Klageerhebung anscheinend nach § 77 d. Hunsing. Bußt. (Rq. 341). Wieder anders Brokmerbrief § 134: „. . . skelma tuiia kempa anda iera, a sunna ewenda bifara Sente Maria letera dei and a sunna ewenda bifara Sente Liudgeris dei; and achta degem er secna to makiande, and efter strid to suerande."

[3]) Im franz. Prozeß serment de bataille. Vgl. dazu Brunner, Forsch. 341 f.; Coulin, Der gerichtliche Zweikampf im altfranzösischen Prozeß, S. 110 ff., 115 f. Für das friesische Recht vgl. Lex Fris. III § 8: „Si quis in furto deprehensus fuerit, et ab ipso qui eum deprehendit furti arguatur, et negaverit, iuret uterque solus", und ebenda XI § 3 (Wortlaut siehe im Text S. 216).

Digitized by Google

Dr	J	U
§ 44: Dit is riucht, dat hi to dae fyfta tingh, dat hi dine strydeed swara schil ende dine wedereede hera.	§ 43 . . . . soe is dat riocht, dat hi et ta fyfta thinghe den strydeed swerra scol, ende den wedereed hera.	Thit is riucht, thet hia etta thinge thenne eth swora scen and thenne with eth hera.
Soe ist riucht dat hy syn hand op da helligha lidsa schil, ende di aesga schil him dine eed stowia dat him god alsoe helpende dae helligha.	Soe is't riocht, dat hi dae hand oppa dae holliga lidzia schol, ief hi riocht habbe, ende dy aesga stowie him den eed ende bidda, dat him God alsoe helpe, ende dae holligen.	so scel hi tha hand uppe tha heliga lidza and thi asega scel him thine eth stawia thet him god also helpe and tha hellega.
Soe aegh di aesga dyn oentingere toe monien, dat hi op lidse ief hi riucht habbe.	Soe aegh dy aesga den oenthynghere toe moniane, dat hi oplidze, ief hy riocht habbe.	So ach thi asega thine onthingere monia stret hi uplidze, jef hi riucht habbe.
So schil hi op lidsa ende di aesga schil him dine eed stowia, dat him god also helpende da helliga.	Soe aegh hi dae hand op toe lidzane. Nv aegh dy aesga hem den eed toe stowiane, ende bidde, dat hem God soe helpa ende dae hollighen.	so scel hi tha hand uplidza and thi asega scel hem thine eth stawia thet him god also helpe ande tha helega.
So schil hi swigia, ende di ora swara.	Soe schel hi swighia, ende di oera swerra.	So scel hi swigia and thi other swora.
Nu schilma him stowia, soe hy dine eed riucht swerre ende onmeens.	Nv schel hy quatha so hi den eed riochte swore ende oenmenes. Nv schel hi swighia ende di oera swerra, ende schel quatha, so hi den eed riochte swerre ende oenmenes.	Nu scelma him stawia, that him god so helpe ande sine helega thet hi dine eth riuchte swora and unmenes.
Soe schil hy swigia, ende dy ora swara, ende dy aesgha schil him dine eed stowia, dat hi him na birawede oen hae ner oen stree, aen gued ner oen eethfya.	Nv schel hi swighia, ende di oera swerra: soe aegh hem di aesgha toe stowiane, dat hi hem nabbe biraewed, her oen hae, ner oen stree, ner oen goeda ethbera fia.	Nu Scel hi swigia and thi other swora and thi asega scel him stawia so J hine na birawade an he and an stre an goda ethbera fia.

Digitized by Google

Dr	J	U
Nu schil hi swigia ende di ora swara, dat hi him birawet habba oen ha ende oen stree, ende oen gueda eetber fya.	Nv scol hi swighia, ende di oera swerra, dat hy im byrawet habbe oen hae, ende oen stre, ende oen goeda ethbera fia.	
Nu schil hi swigia ende di ora swara, dat hi him so gued naet birawet hab so tria pond ende acht eynsa.	Nv scol hi swigia, ende di oera swerra, dat hi him nae berauwede alsoe gued so tweintich punda.	Nu scel hi swigia and thi other swera that J him so goed ni birawede so thria pund.
Nu schil hi swigia ende di ora swara, dat hi him so gued birawet hab so tria pond ende acht eynsa, hit were bettera iof hit scholde.	Nv schol hiswighia, ende di oera swerra, dat hi him beraweth habbe alsoe gued so tweintich punda, hit ne were bettra, ief hit sculde.	Nu scel hi swigia and thi other swora thet J birawad habbe also goed so hria pund and achte ensa we er bettera jef hit scolde.
Nu schil hi swigia ende di ora swara: so y ney iuue onnette fulliste . . . . . sonder riuchte frana wald.	Nv schel hi swighia, ende di oerra swerra, dat hi ne iouwe onnette fulliste sonder riocht frana wald.	Nu scel hi swigia and thi other swora So hi in juwe unriuchte fulleste sunder riucht frana wald.
	Nv scol hi swigia ende di oera swerra dat hi mey synre onnettere fulliste sonder riocht frana wald.	
Nu schil hi swigia ende di ora swara: so ic mit riuchta dat raef toieens him naet beta thoer.	Nv scol hi swighia, ende dy oera swerra, dat hi nv mey riochte dat raef iens hem naet beta ne scel.	Nu scel hi swigia and thi other swora, so ich nu mith mara riuchte thet raf wither hine ni beta scel.
Nu schil hi swigia ende di ora swara: so y nu mit riuchte toiens mi beta schillet.	Nv scol hi, swigia, ende dy oera swerra, dat hi nv mey riochte dat raef iens hem beta scel.	Nu scel hi swigia and thi other swora so forth so hi mith riuchte that raf with mi beta scel.

Digitized by Google

Die Zusammenstellung ergibt, daß J den ausführlichsten Text hat; nur hier sind die Wechselreden der Parteien ganz durchgeführt. Dagegen sind die in Dr und U erhaltenen Teile älter. Insbesondere fällt bei J inhaltlich auf, daß an Stelle des streitwürdigen Schatzes von 3 Pfund und 8 Unzen, die auch diese Handschrift im § 43 anführt, 20 Pfund getreten sind.

Sämtliche Lesarten unterscheiden zwischen dem strydeed und dem wedereed; wenn nun auch U irrig with eth schreibt, ist doch nicht an den gewöhnlich so genannten Eid zu denken. Wie sodann das Folgende zeigt, beginnt der Beklagte mit dem Schwur, der Kläger folgt. Der Beklagte schwört also den strydeed[1]), dem der Kläger den wedereed entgegensetzt[2]).

Die Bezeichnung wedereed legt es nahe, an den sonst so genannten Voreid zu denken, den ja ebenfalls der Kläger schwören mußte, und zwar gerade dann, wenn er unmittelbar auf ein Gottesurteil oder gerichtlichen Zweikampf klagt. Aber in diesen Fällen, so z. B.

> Ssp. I 63 § 4: „Vor den richtere solen se beide gegerwet gan unde sveren, die ene: dat die scult war si, dar he ine umme beklaget hevet; unde die andere: dat he uncüldich si, dat in got so helpe to irme kampe"

schwört eben doch der Kläger zuerst, und der Beklagte leistet einen Gegeneid, während hier die Reihenfolge eine umgekehrte ist. Wenn also auch, wie Loening annimmt, diese Eide entstanden sind aus einem ursprünglichen Voreid des Klägers, dem der Beklagte im Laufe späterer Entwicklung einen

---

[1]) Unrichtig H. Hettema, Ems. LR. S. 99 f., der den strydeed für einen Kalumnieneid des Klägers hält.

[2]) Die Terminologie ist nicht fest. In § 77 der Huns. Bußt. (Rq. 341) heißt es: „enne strideth swerra end eene otherne hera". Ist hier othera Gegensatz zu enne oder zu strid(eth)? In Sch.-R. § 41 ist strydeed Bezeichnung für beide Eide zusammen; ebenso § 45 Sch.-R. Nach Wicht S. 51 Anm. h heißt der Eid werwerden.

Digitized by Google

Gegeneid entgegensetzte[1]), so berechtigt uns das nicht, auch bei dem strydeed und wedereed des Sch.-R. gleiche Entwicklung anzunehmen[2]). Dagegen gibt die Lex Frisionum einen Weg zur Lösung in

> tit. XI § 3: „Si aut calumniator, aut ille cui calumnia irrogata est, se solum ad sacramenti mysterium perficiendum protulerit, et dixerit: „ego solus iurare volo, tu, si audes, nega sacramentum meum, et armis mecum contende"; faciant etiam illud, si hoc eis ita placuerit: iuret unus, et alius neget, et in campum exeant."

Es kann sowohl der Beklagte seine Unschuld beschwören und dagegen der Kläger den Klagevorwurf, als auch der Kläger zuerst den Klagevorwurf beeiden und der Beklagte dann ihn eidlich ableugnen. In beiden Fällen muß es wegen der im Gegeneid liegenden Eidesschelte zum Kampf kommen, und zwar kommt es zu einem von vornherein beabsichtigten Kampf, quod eis placuerit. Die Parteien führen eine Eidesschelte herbei als Grundlage des Kampfes. Dazu schwören sie die Eide.

Ähnlich, wenn auch nicht ebenso, ist es in unserer Stelle. Der Unterschied ist der, daß in Lex Fris. XI § 3 die Klage nicht kämpflich erhoben wird. Und von hier aus könnte man einer Parallelstellung mit der Behauptung entgegentreten, daß in unserer Stelle die Eidesschelte schon in der kämpflichen Ansprache liegt, also die Eide zu ihrer Herbeiführung nicht mehr erforderlich sind. Daran wäre zweifellos richtig, daß die Kampfklage eine antizipierte Schelte des beklagtischen Reinigungseides ist. Aber es hindert nichts die Annahme, daß ursprünglich wenigstens formell der Reinigungseid geschworen und gescholten werden mußte. Dies nehme ich für den strydeed des Sch.-R. an. Die Beklagten haben vereinbart zu kämpfen; aber formell muß die ohne Vereinbarung

[1]) Loening, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen, S. 304, Anm. 8.

[2]) Über viderêd vgl. v. Amira, Germania XX, S. 65.

Digitized by Google

nötige Grundlage des Kampfes durch die Eidesschelte ge schaffen werden[1]).

Beide Teile beginnen den Eid mit einer Anrufung Gottes. Unter Auflegen der Hand auf den Reliquienkasten[2]) erfolgt die Bitte, Gott und die Heiligen mögen helfen, zuerst vonseite des Beklagten, dann vonseite des Klägers. Diese Anrufung findet sich auch sonst, wie z. B. beim Emsigoer fiaeth[3]) und beim bodeleed[4]), und zwar bei jenem wie hier zu Beginn, bei diesem am Ende. Sodann folgt getrennt von dieser Anrufung sowohl in J. wie in Dr. eine auf die Reinheit des Eides bezügliche Formel, die in dieser Trennung auffällig ist; um so mehr, als sie sprachlich nicht befriedigt.

Die Fassung „stowia (quatha) soe hy dine eed riucht swerre ende onmeens" überrascht durch das „soe". Denn sowohl nach stowia wie nach quatha erwartet man „daß", was „soe" nie heißen kann. Dagegen wäre „soe" sehr gut am Platze in der entsprechenden Formel des bodeleed an Stelle von „als":

„Dat ioe god alsoe helpe ende syn helliga, als y dine eed riucht swerre ende onmeens",

wäre überhaupt bei einer Verbindung des Satzes mit der vorausgehenden Anrufung leicht zu erklären. Infolgedessen sprechen auch hier innere Gründe für eine Bevorzugung des Textes U., wo wenigstens an dieser Stelle ein verständlicher Sinn gegeben ist, und für die Annahme, daß die Auseinanderziehung der gegenwärtigen Formel und der Anrufung nur die Folge schablonenhafter Willkür ist, die allerdings auch in U.

---

[1]) Vgl. über Eide bei Ordalien Brunner RG. II[1] S. 437f.; Bewer ZRG. XXIX S. 119, und vor allem die scharfe Betonung der Bedeutung des Kampfeides bei v. Amira, Recht S. 168; Germania S. 63f.; Brunner Forschungen S. 341f., insbes. 342 Anm. 1.

[2]) Eine andere Form des Eides kennt Sch.-R. § 71; vgl. Richthofen in MG. LL. III, S. 661, Anm. 44; Brunner RG. I[2] S. 258f. insbes. 259, Anm. 38.

[3]) Rq. S. 245.

[4]) Sch.-R. § 71.

Digitized by Google

nicht ohne Einfluß geblieben ist. Im ursprünglichen Text ist wohl eine der des bodeleed entsprechende Formel anzunehmen [1]).

Im weiteren Verlauf [2]) des strydeed ist es vor allem interessant, daß der Beklagte zuerst das ihm vorgeworfene Delikt überhaupt leugnet, sodann, nachdem der Kläger diesem allgemeinen Leugnen seinen Eid entgegengesetzt hat, den Wert des raf in der kampfwürdigen Höhe leugnet, nachdem auch hier der Kläger entgegen geschworen und sogar eventuell einen höheren Wert geltend gemacht hat, noch einwendet:

„dat hi ne iouwe onnette fulliste sonder riucht frana wald",

endlich seine Bußpflicht bestreitet. Schritt für Schritt muß der Kläger den Beklagten zurückdrängen [3]).

Der Inhalt der Eide ist klar bis auf die oben noch einmal angeführte Stelle. Aus ihr schließt Jäkel [4]), daß der frana die Ermächtigung zur Pfändung erteilt habe; er nimmt also an, daß der Beklagte leugnet, ohne frana wald sich pfänden lassen zu müssen. Dafür, daß es sich um eine unrechtmäßige Pfändung handeln kann, spricht, daß diese im Friesischen „raf" genannt wird [5]). Dies löst nicht ohne weiteres die Schwierigkeiten der Stelle, gibt aber einen Fingerzeig zu einer Lösung. Gesetzt, die Klage ist wegen eines Pfändungsraubs erhoben, dann kann die Pfändung bezeichnet sein als onnette fulliste sonder riucht frana wald oder nach U. als unriuchte fulliste s. r. fr. w. Dann ließe sich aus den letzten

---

[1]) Sch.-R. § 71. Vgl. auch die Eidesformeln aus Wimbritzeradel (Rq. 488 ff.).

[2]) Fockema-Andreae S. 52 spricht bis hierher von „vorbereitenden Eiden".

[3]) Die Absätze entsprechen der Übung bei der Eidstabung; vgl. Brunner RG. II, S. 427.

[4]) ZRG. XLI S. 221.

[5]) Vgl. His, Strafrecht S. 334; Richthofen s. v. raf; H. Hettema, Ems. LR. S. 103.

Digitized by Google

drei Sätzen in Dr ein verständlicher Text so herstellen, daß zuerst der Beklagte schwört:

„so ic mit riuchta dat raef toieens him naet beta thoer",

sodann der Kläger:

„so y nu [ney iuwe onnette fulliste sonder riuchte frana wald] mit riuchte toiens mi beta schillet".

Diese Emendation scheint sehr weitgehend. Aber zu beachten ist, daß sowohl bei Richthofen, wie in U. die in [ ] stehende Formel nur einmal vorkommt, daß sie sowohl Sinn wie Wortlaut (iuwe!) nach nur vom Kläger gesprochen sein kann. Der Beklagte kann wohl sagen, daß er diesen „raf" nicht zu büßen brauche, aber er wird seine eigene Handlung nicht als eine unrechte Selbsthilfe hinstellen. Eine Wechselrede, wie sie J gibt, scheint mir schon inhaltlich aus diesem Grunde ausgeschlossen. Aber auch sprachlich erweist sich diese Fassung als vollkommen verderbt, weil sowohl bei den Worten des Klägers wie bei denen des Beklagten das Verbum fehlt; ein Umstand, der besonders dadurch auffällt, daß sich anscheinend der Schreiber Mühe gegeben hat, den Mangel durch die Angleichung des „ne iouwe" an vorhergehende Fassungen zu beheben. Aber den gleichen Mangel zeigen auch die beiden anderen Texte.

Ich bin mir wohl bewußt, daß man gegen eine so eingreifende Änderung methodische Einwendungen erheben kann. Immerhin möchte ich sie in Vorschlag bringen, da sie doch nur eine Verschiebung ist, und ich auf anderem Wege der Stelle einen verständlichen Sinn nicht abzugewinnen vermag [1]).

Ein solcher strydeed findet ebenso beim Kesselfang wie beim Zweikampf statt. Auch die Form dürfte im wesentlichen dieselbe sein. Eine Abänderung ist geboten in der

[1]) Für ausgeschlossen halte ich die Meinung von Fockema-Andreae S. 52: „Nu weer de beklaagde en de klager beide over de vraag, of de eerste de schade wil beteren zonder tusschenkomst van den schout"; ebenso erklärt H. H. S. 290f.

Digitized by Google

Summe des streitwürdigen Schatzes, die dann nur 4 Unzen und 13 1/3 Pfennige beträgt.

Nach dem Streiteid aber scheidet sich das Verfahren. Denn für den Kesselfang bestimmt

§ 41: „Soe aegh di kempa .... als stede in to faen, als di strydeed swerren is".

Es schließt sich also an den Streiteid sofort die Ausführung des Ordals an. Beim Zweikampf dagegen schieben sich noch Fristen dazwischen ein[1]). Ich behandle zuerst das weitere Verfahren beim Kesselfang[2]). Hierfür bestimmt

§ 40: „Dit is riucht, dat di aesga deer dat stryd mede bitinget is dela schel dat dat ordel oen da kerkwalle schil wessa toe des haudstoed deer di deeckma to geed, hit ne se mit dis haudpresters oerlef dattet se itter capella deer di schelta da ban wr lath deea dat stryd mede bitinget is." [3])

Es wird also durch Urteil des asega bestimmt, wo das Ordal stattfindet, und der asega urteilt in der Regel, daß es bei der Hauptkirche sein soll, an die der Zehnt gezahlt wird[4]). An dieser Hauptkirche fungiert der haudprester, und nur er kann allenfalls gestatten, daß das Ordal bei einer Kapelle stattfindet, die aber bestimmt ist durch den Zusatz: deer di schelta da ban wr lath deer dat stryd mede bitinget is, d. h. die Kapelle, über die der Schulze den Bann hat, deer dat stryd mede bitinget is. Durch den gleichen Zusatz, wie hier der Schulze, ist kurz zuvor der asega bestimmt.

Der Zusatz ist schon Gegenstand von Erörterungen gewesen. Heck[5]) hat herausgelesen, daß mehrere asega in einem Bezirke sich befinden und übersetzt: „der Asega, der

[1]) Der Grund der verschiedenen Behandlung ist nicht ersichtlich.

[2]) Vgl. hierzu Wiarda, Asegabuch S. 248.

[3]) Zu dieser Bestimmung paßt die in Dr zu § 38 offensichtlich irrig gestellte Überschrift: „Hweer ma ketelfange dwaen schil".

[4]) Auch das Eisenordal findet bei der haudsto statt (Rq. 405 § 17). Überhaupt ist die Kirche der Ordalplatz κατ' ἐξοχήν; vgl. Wilda, Ordalien. Über haudsto vgl. Richthofen, Untersuchungen II S. 731f.

[5]) GV. S. 58.

Digitized by Google

mit dieser Sache befaßt ist". Jaekel[1]) nimmt an, es sei der asega, „in dessen Amtsperiode die Sache anhängig gemacht und verhandelt worden ist, im Gegensatze zu demjenigen asega . . , welcher bei der Durchführung des Urteils mitzuwirken hatte." Jaekel rechnet mit der einjährigen Amtsdauer des asega und der langen Dauer der Prozesse.

M. E. haben beide unrecht, Heck aus dem von Jaekel hervorgehobenen Übersetzungsfehler[2]), Jaekel, weil er übersieht, daß ebenso der Schulze bestimmt wurde, obwohl er nicht jedes Jahr wechselte. Die Sache läßt sich einfacher erklären. Schulze und asega, mit denen die Sache begonnen ist, sind im gleichen Gerichtsbezirk, die Hauptkirche kann in einem anderen Bezirke liegen[3]), wo an sich ein anderer asega zuständig wäre. Trotzdem kommt der asega, deer dat stryd mede bitinget is. Aber das Ordal kann auch sein in der Kapelle im Bezirk des scelta, deer dat stryd mede bitinget is.

Eine genaue Beschreibung des Hergangs beim Ordal gibt sodann § 41[4]). Der Kessel soll oen da kerkwalle hingia und zwar buta dis widelis werp on da walle. Dis widelis werp hatte Wicht erklärt als den fehdelosen Warff[5]), den Kirchhof, Richthofen[6]) als „außerhalb des Wurfes des Weihwasserwedels". Diese Erklärung hat vor jener den Vorzug philologischer Richtigkeit. Die Sache selbst erklärt uns § 6 des westerl. Sendrechts (Rq. S. 407):

[1]) ZRG. XL S. 133.

[2]) Heck hatte übersetzt: „Der Âsega, der mit dieser Sache befaßt ist"; offenbar wegen falscher Auffassung der Konstruktion mit mede. Heck ist noch nicht überzeugt; vgl. MJÖG. E. B. VII S. 757 und zu diesem Aufsatz v. Schwerin, Zur Abwehr (1908) inbes. S. 5 Anm. 11

[3]) Vgl. über den Unterschied zwischen kirchlichen und weltlichen Bezirken Richthofen, Unters. II S. 1306f.; v. Amira, Gött. gel Anz. 1883 S. 1061.

[4]) § 41 Sch.-R.: „Dit is riucht, dat di ketel oen da kerkwalle hingia schil buta dis widelis werp on da walle, ende di prester op da hofwal staen ende dat ordel wya with ane schillingh penninga. Soe aegh di kempa buta hofwal toe staen, ende al stede in to faen als di strydeed swerren is. (Die Fortsetzung s. im Text).

[5]) Ostfr. LR. S. 45, Anm. c.

[6]) s. v. wedel.

Digitized by Google

„Hueerso ma claget dat deer faren se inoer dine vedeles verp, ende dioe vyede eerde epened se, vnde een reesraef deen se." (Wenn man klagt, daß da gefahren worden ist innerhalb des Wurfes des Weihwasserwedels und die geweihte Erde geöffnet ist und ein Leichenraub geschehen ist . . .)

Hier erscheint der Raum innerhalb des Wurfes des Weihwasserwedels deutlich als der Friedhof. Ebenso in § 14 Sch.-R.:

„Dit is riucht, dat om dat tzerckhou buta des wideles werp scel een wey ghaen, der XXI mollesfoeta breed se."

Dagegen kommt nicht sehr in Betracht, daß es in § 35 der Hunsingoer Bußtaxen heißt:

„uppa kerchove binna thrim wedeles werpen".

Wenn ich die Frage beantworten soll, warum der Kirchhof dis wedeles werp heißt, so möchte ich die Vermutung äußern, daß hier die vielfach geübte Sitte einspielt, daß der Priester nach dem sonntäglichen Gottesdienst über den Friedhof geht und die Gräber mit dem Weihwasserwedel besprengt[1]).

Von hier aus ergibt sich, daß kerkwal die Kirhofmauer heißt, nicht die Mauer der Kirche selbst[2]). An ihr wird der Kessel aufgehängt. Auf eben dieser Hofmauer hat der Priester zu stehen und das Ordal zu weihen, d. h. das Wasser zu weihen, with ane schillingh penninga[3]).

Außerhalb der Mauer steht der kempa. Er ist

[1]) Weil der Wedel aus natürlichen Gründen nur einen begrenzten Raum besprengen kann, so erklärt sich vielleicht die angeführte Stelle aus den Huns. Bußtaxen durch Beziehung auf einen sehr großen Kirchhof.

[2]) Richtig Fockema-Andreae S. 56; a. A. Richthofen Unters. II S. 732.

[3]) Nur bei der Weihe und der Besichtigung der Hand ist des Priesters gedacht. Es findet sich nichts darüber, ob das Ordal auch hier nach dem Ritus abgehalten wurde, den uns die Formeln bei Zeumer, Formulae (S. 604—617, 638, 656, 658, 662, 670, 677, 679, 682, 688, 710, 714, 717) zeigen; vgl. ebenda S. 722, 42 die Erwähnung der Belohnung des Priesters.

Digitized by Google

gemietet [1]). Auch beim Kesselfang braucht nicht der Beklagte selbst sich dem Ordal zu unterziehen, sondern er kann dazu eine andere Person dingen, und zwar bestimmt § 39 Sch.-R.:

„Dit is riucht, als ma to lessa stryd tinghia wil, dat di oentingere nen kempa winna thoer, men di haldere schillen winna, ende deer schelletse bede oen iechta."

Der Kesselfang ist also als einseitiges Ordal charakterisiert. Der Beklagte muß den Kämpen stellen, nicht der Kläger. Aber doch ist der Kläger an der Auswahl des Kämpen nicht unbeteiligt. Er muß sich mit dieser Person einverstanden erklären.

Durch Lex Fris.

III, § 8: „... iuret uterque solus, et ad examinationem ferventis aquae iudicio Dei probandus accedat; si ille qui fur esse dicitur fuerit convictus, componat."

III, § 9: „Si vero is, qui alium furem interpellavit, falso eum calumniatus est, et in iudicio ferventis aquae fuerit convictus, LX solidis manum suam redimat",

könnte man versucht sein, anzunehmen, daß die Einseitigkeit des Kesselfangs eine Neuerung ist. Aber richtig hat gegen diese früher schon geäußerte Meinung [2]) Brunner die Frage aufgeworfen, was geschehen sei, wenn beide Teile sich verbrannten [3]). Die Stelle kann, wie Brunner meint, so verstanden werden, daß der Kläger nur dann zum Kesselfang schritt, wenn dem Beklagten die Reinigung gelang. Aber auch diese Lösung ist m. E. nicht ganz glatt. Das Verfahren wäre umständlich gewesen, weil der Kläger überhaupt erst in einem späteren

[1]) Nach Lex. Fris. V § 1 darf er bußlos getötet werden; dazu Richthofen a. a. O. S. 663 R. 63. Vgl. aber Ostfr. LR. III c. 7 u. 9. (Wicht S. 655 ff.), wo volles Wergeld gezahlt werden muß vom Mieter; der campio hat also eine leudis; dazu Wilda, Strafrecht, S. 702 f. Fraglich ist mir, ob auch in Brokmerbrief § 146 ein Lohnkämpfer gemeint ist. Die Fassung wellath holda ther fore kempa legt nahe, daß der holda aus freien Stücken in den Kampf eintrat.

[2]) Vgl. Grimm RA. II, S. 581; ebenso Bewer ZRG. XXIX, S. 119.

[3]) RG. II[1], S. 408, Anm. 44; v. Amira, Germania XX, S. 62.

Digitized by Google

Termin — die Feststellung des Ausgangs erfolgte immer erst später — hätte zum Ordal gehen können. Sodann ist ein Kesselgriff des Klägers, wie jüngere friesische Quellen und andere zeigen, unnötig. M. E. ist die Stelle auch so zu erklären, daß der Kläger ein in iudicio aquae feruentis conuictus genannt wird, nicht weil er die Hand verbrannt hat, sondern weil der andere sie nicht verbrannt hat. Das ist ja gerade das Wesen des einseitigen Ordals, daß der Ausgang beide Teile zugleich trifft. Immerhin ist die Annahme nicht ausgeschlossen, daß es sich um ein allerdings dem Wesen des Ordals nicht entsprechendes „Gegenordal" handelt[1]).

Nach dem Streiteid muß der Kämpe in den Kessel greifen[2]). Zieht er die Hand wieder heraus, so wird sie vermutlich wie auch sonst verbunden[3]). Der Text sagt hierüber nichts. Er fährt erst fort mit dem Prüfungsverfahren:

> „So aegh di schelta ende di aesga ende di prester ende fyower dis koninges orkenen, hya saun, dis tredda deis da hand to schoyen binna dae kerka, dae tre mitta prester ende di ene mitta schelta ende mitta aesga; iofse aec sanet soe is di prester nyer ende dee tree mit him dae hand to helane, so dae tre to wrbaernene."

Am dritten Tag nach dem Ordal versammeln sich Priester, Schulze, Asega und vier Königsorkenen, die Hand des Kämpen zu besichtigen. Sie teilen sich in zwei Gruppen, davon jede die Besichtigung getrennt von der anderen vornimmt und getrennt eine Entscheidung über den Befund fällt. Es liegt die Vermutung nahe, daß die eine Gruppe für den Kläger, die andere für den Beklagten die Besichtigung vornimmt.

Von den möglichen Ergebnissen der doppelten Besichtigung behandelt die Stelle besonders den Fall, daß die beiden

[1]) Vgl. v. Amira, Recht, S. 169; Patteta, Le ordalie, S. 273.

[2]) Er muß „in faen"; vgl. Überschrift zu § 41 in J: „Fan des ketelis infanghe."

[3]) In J heißt es: ... aegh di schelta, ende di aesga, ende di prester, ende fiouwer des koninges orkendum, hiara to hodene"; das könnte auf das Verbinden deuten, wenn die Stelle nicht verderbt ist.

Digitized by Google

Gruppen über das Ergebnis uneinig sind. Dann soll der Priester mit den zu ihm gehörenden drei Königsorkenen die Hand eher „heilen" können, als die andere Gruppe sie verbrennen kann, d. h. wenn die Priestergruppe die Hand für heil erklärt, dann kann sie das gegenteilige Urteil der Asegagruppe überwinden[1]). Wie aber, wenn die Priestergruppe die Hand verbrennen will und die Asegagruppe sie heilen? Wenn man hier wieder jene für „näher" erklärt, dann nimmt man der Gruppierung jeden ersichtlichen Zweck. Denn dies wäre Durchführung des Majoritätsprinzips, und dieses könnte auch ohne Gruppierung durchgeführt werden. Ich möchte annehmen, daß in diesem Fall die Asegagruppe den Ausschlag gab, d. h. immer die dem Kämpen günstigere. Oder sollte der Priester den Ausschlag geben[2])? Dann wäre die Asegagruppe überhaupt überflüssig.

Das Endurteil kann in allen Fällen nur entweder entscheiden, daß die Hand „heil" oder daß sie „verbrannt" ist.

Ist die Hand „verbrannt", das Ordal dem Beklagten nicht gelungen, so ergibt sich, daß der Beklagte einen Meineid geschworen und den Prozeß verloren hat. Was die Folgen des Unterliegens[3]) anlangt, so bestimmt

§ 41: „ende wirth hy baernd, so schil hi ia da grewa twa pond dis strydferda, ende twa pond dis raefferda, ende syn decken iâ heer ende heed; iefta mit sine fia leste ende den meneed festia."[4])

---

[1]) Die Frage der Heilung ist keine reine Tatfrage, wie Heck GV. S. 15 meint. Die Hand war nicht intakt; es handelte sich darum, ob der Zustand gut oder schlecht war. Man beachte, daß die Hautfläche nach der Darstellung bei Zeumer, Formulae S. 721 behandelt wurde.

[2]) Vgl. Jur. Fris. XV, 59. Nach Rq. 405 § 17 können vier die Hand eher heilen als drei sie verbrennen. Dies ist allerdings reines Majoritätsprinzip, wie es Heck GV. S. 88 allgemein für geltend erachtet; aber es findet auch keine itio in partes statt. Außerdem enthält die Stelle den Zusatz: „hit ne se dat al dioe meente anders hlya will".

[3]) Zur Terminologie vgl.: Sch.-R. § 38 „. . . oen da ordel bifal".

[4]) Sendrecht § 14 (Rq. 408) fügt hinzu: „nu schilma da ban beta

Digitized by Google

Um gleich mit dem Letzterwähnten zu beginnen, muß also der unterlegene Beklagte — nicht der Kämpe selbst — den meneed festia, d. h. nach Richthofen den Meineid durch Fasten abbüßen[1]). Außerdem ist er seinem Dekan verfallen zu Haut und Haar, kann sich aber von dieser Strafe lösen[2]). Endlich muß er dem Grafen je 2 Pfund geben dis strydferda und dis raefferda. Beide kommen in diesem Zusammenhang nur hier und genau so § 38 vor,. Die twa pond dis strydferda halte ich für eine Buße für die ungerechte Einleitung des Kampfes[3]); keinesfalls kann man mit His annehmen, daß

mit LXIII schillingen"; inhaltlich ebenso § 16. Außerdem muß der Unterlegene „da hermscheed ontfaen" (ebenda § 16). Diese Bestimmungen des Sendrechts und der dazwischen stehende § 15 des Sendrechts befassen sich alle mit den Folgen des Unterliegens beim Kesselfang. Auffallend ist, daß jeder Paragraph den Kesselfang anders benennt (wettercamp, wallende wege, ketelfangh), daß § 16 zum Teil § 14, zum Teil § 13 wiederholt. Unverständlich ist mir § 15: „Hweerso een man iefta wyff hya baernd habbet an da wallende wege om een on naemd moerd iefta om moerdbrand, so schilma him ordelsikeringa wisa an der wallende wege, so is hi nier sikeringem, dan hi aeg to daien sind ende ordel", wozu zu vergleichen wäre in terminologischer Hinsicht Fiv.-LR. IV, 24. Die 63 Schillinge setzt H. H. S. 285 gleich den 3 Pfund und 8 Unzen des streitwürdigen Schatzes. In J (II. 1, S. 111 f.) ist die Lesart der §§ 13—16 etwas verändert. Hervorzuheben ist die Bezeichnung „wallende wetter" statt „wallende wege"; hierzu ob. S. 188 Anm. 6.

[1]) Nach X § 1 Lex. Fris. ist bei Meineid doppeltes Wergeld z. zahlen. Vgl. auch Rq. 121, 19ff., 408 §§ 13ff. Wie Richthofen auch H. H. 288. Der Ausdruck mened festia findet sich auch Fiv. LR. S. 54.

[2]) Rq. S. 408 § 13: „. . . so aegh hi self dine meneed to bikannen sonder wroginga, ende di decken syne ban monia ief met bikanna wil."

[3]) Vgl. Fiv.-LR. S. 122: „Frana stridfreth and hondkelene twa pond. dazu His, Strafrecht, S. 248, der unter Handkühlung eine „Brüche für das Unterliegen im Kesselfang" versteht. Darauf deutet der Wortsinn. Die twa pond hondkelene würden sich aber dann mit dem stridfretho decken. Deshalb möchte ich eine andere Erklärung vorschlagen. Hondkelene kann schlechthin eine Handbuße sein, wie sich aus dem Vergleich des Rüstr. Textes der Küre 16: „morth motma mith morthe kela" mit dem westerlauw. Text ergibt: „mord schilma mit moerd beta". Dann wäre hondkelene aufzufassen als eine Buße für Lösung der Hand, die wegen des Meineids verfallen ist. Zwei Pfund sind der Königsbann, mit dem auch nach Lex. Fris. III § 8 die Hand zu lösen war (dazu His S. 254). Über hondkelene vgl. auch H. Hettema in Fiv.-LR., Glossar s. v.

Digitized by Google

der strydfretho, den der Unterlegene büßt, der Friede ist, „durch welchen der Schulze die gerichtlichen Zweikämpfer durch Störung gegen dritte schützt". Das ist der warffretho [1]). Raefferd übersetzt Richthofen als Raubfriede und erklärt es als Pfändungsfriede. M. E. ist hier analog an eine Buße für den begangenen raf und überhaupt nicht an fretho = Frieden zu denken; fretho heißt auch das Friedensgeld, und hier handelt es sich um das Friedensgeld, das wegen des Raubes zu zahlen ist [2]).

Hierher gehört auch der schon erwähnte Satz des

§ 38: „Jef syn kempa oen da ordel bifalt, soe schel hi dat twibeet beta, ende dae grewa twa pond dis raefferda ende twa pond dis strydferda."

Ihm zufolge hat der Beklagte, wenn die oben gegebene Erklärung richtig ist, noch den doppelten streitwürdigen Schatz zu zahlen.

Für den Fall, daß der Kläger unterliegt, heißt es in

§ 41: „wirt hi schowet to heelre hand, so schil di ora den meneed festia ende da grewa twa pond iaen."

Hier ist die Strafe des unrechten Klägers bestimmt, aber obwohl gleich im Anschluß von der Zahlung von strydferda und raefferda durch den Beklagten die Rede ist, dieser Summen doch keine Erwähnung getan. Hieraus möchte man schließen, daß sie auch ihm nicht oblagen. Aber es muß doch auch der Kläger die Schwurhand lösen [3]), und die Einleitung des Kampfes ist bei ihm so wenig gerecht wie beim Beklagten [4]). Daß mit dem Unterliegen des Beklagten diesem auch die

---

[1]) Rq. 541, 19; Fiv.-LR. VI, 17.

[2]) Vgl. dazu Rq. S. 414 § 8.

[3]) Dementsprechend bestimmt Lex. Fris. III, § 9: „Si vero is qui alium furem interpellavit falso eum calamniatus est . . . LX solidis manum suam redimat".

[4]) Vgl. noch § 58 des Rüstr. LR. in Rq. S. 543: „behalt thes husinges campa, sa skil hi tha thiuwethe twiskette ielda, tha bonne and tha lioden sextich merka to sellande".

Digitized by Google

Zahlung der Verbrechensbuße obliegt, ist klar. Für die frühere Zeit bezeugt dies Lex Fris. III § 7:

„Quodsi servus in iudicio probatus apparuerit, vel confessus fuerit, quanti res, quae ablata fuerit, aestimabitur, tantum dominus pro servo componat, et servus uvapulet, nisi dominus eius quatuor solidis corium eius redimere voluerit,"

und III § 8:

„componat weregildum suum ad partem regis, et manum LX solid. redimat, et in simplo furti compositionem exsolvat."

Für die spätere Zeit ist zu verweisen auf eine Stelle Jur. Fris. I 33:

„Hweerso een man jefta een wyf barnd is an der wallenda wege, om een bynaemd moerd jefta moerdbrand, soe schel me't ferst wysa wrnacht, ende i ta lettera eetmel dyn hals wrordelya, en de al syn haua oen Koniges wara,"

und vor allem Sendrecht § 14 (Rq. 408):

„Hweerso een man of een wyf wr wonnen wirdet mit wettercampe, ende dattet him komt mit riuchte soe sintse dera deda alle schieldich, want et him god op wysd haet."

Es ist nun noch das Verfahren nach dem Streiteid zu behandeln, wenn nicht Kesselfang, sondern Zweikampf folgt. Diese Fortsetzung beschreibt uns § 45:

„Nu di strydeed swerren is, nu ist riucht dat hi habba schil een burga[1]); ief hi di naet burghia wil, deer him eer burged haet, soe schil hi him burgia XXI nachta. Di burga schel alsoe ryk wesa, dat hi dine strydwirdiga schat al lasta moge deer on der gretwird al deer lat was, soe schil hi dae buurship hoda al ont da etkeren biwixled sint[2])."

[1]) Vgl. S. 209, Anm. 4.

[2]) Richtiger „him" in J.

[3]) Die Fortsetzung des § 45 lautet: „Ief hi dine kempa naet winna mey, so aegh hyt op da helligen toe bringen dattet him need of naem, so

Digitized by Google

Nach dem in § 43 Bestimmten hat die erste Bürgschaft mit dem Streiteid ihr Ende gefunden[1]). Es muß nunmehr eine zweite beginnen, wohl dafür, daß der Beklagte kämpfen oder den Kämpen stellen werde. Nahe liegt, daß nunmehr derselbe bürgt wie zuvor. Aber es scheint häufig gewesen zu sein, daß er sich weigerte; denn das Gesetz sieht den Fall vor. Wenn er sich weigert, muß der Beklagte wohl einen neuen Bürgen suchen und dazu wird ihm eine Frist von 21 Nächten gewährt[2]). Der Bürge muß wiederum so viel Vermögen haben, daß er davon den streitwürdigen Schatz

---

aegh hi efta XXI nachta. Ief him des efta breckt dat hi dine kempa winna ne mey so aegh hi eft XXI nachta. Als da LXIII nachta om commen sint, so schilma dat stryd bifiuchta binna dae ban deer hit binna biswerren is. So aegh di schelta dine ker, hweer hi dat tingh keda leth. Nu agen hya da kempen deer to bringen deer dat stryd ledat, ende di aesga aegh him dine kampstal to wisen. Di kampstal schil wessa LXIII mollesfota breed aller weikes; deer agen da kempen binna to wessen, ende da greetwerderen ende di schelta ende di aesga; hwaso deer ielkirs in geet, di is dae grewa schieldich twa pond. Eefter dam deer di schelta bannis bigint, soe aegh him di aesga to delen datse binna dae trim degen dat stryd bifiuchta schillet mit sex wepen. Nu schillet dae swird euen lang wessa. Di schelta ende die aesga schillet da wepen schoia iondis ende morns. Soe schillet dae wepen oen da kampstal bidia, al deerse da kempen bringhet. Hia schillet aider twa swird habbe, ieft een breet dat hi to da odera fe, ief hi moge. Dio leste hetene, deer da kempen dis tredda deys fiuchtet, dyo haet dyo luckhetene, Dan schelma naet fiuchta ors dan om een needmond, ende om een moerdbrand, ende om een nomelsmoerd". Die beiden letzten Sätze fehlen in J und U.

[1]) Es ist unrichtig, wenn H. H. S. 291 sagt, der frühere Bürge könne sich, wenn er wolle, der Bürgschaft entschlagen. Richtig Fockema-Andreae S. 52.

[2]) Nur dies kann der Sinn der Stelle sein, nicht etwa, daß er nun doch wenigstens 21 Nächte bürgen soll. Darum richtiger in J: soe scel hem en oer burgia een ende tweintich nachta.' Aber man darf auch nicht diese Lesart dahin interpretieren, daß der neue Bürge ihm 21 Nächte bürgen soll. Denn das widerspricht dem folgenden: soe schil hi dae buurschip hoda al ont da etkeren biwixled sint, wenn man hinzubedenkt, daß bis zur Austragung des strid 63 Nächte vergehen können.

Digitized by Google

leisten kann, der in der Klage gefordert war[1]). Die Bürgschaft dauert al ont da etkeren[2]) biwixled sint.

Nicht beantwortet wird die Frage, wie es denn zu halten ist, wenn der Beklagte keinen Bürgen erhalten kann, auch innerhalb der Frist von 21 Nächten. Nur das westerlauwersche Marktrecht sieht diesen Fall vor in § 11 (Rq. S. 422).

> „Ist een eerm man, dat di schelta aeg him onder burga to bringen al ont hit bitingen is; ne mei hi neen burga winna, so aeg hi to swarrane, so aeg hi to gaen dana ont ti da nesta tinge, soe aeg him di schelta to andert to bringen al ont hit bitingen is."

Es muß also der Beklagte, wenn er keinen Bürgen bekommt, schwören, wohl daß dies der Fall ist, und dann ist es Pflicht des Schulzen, sein Erscheinen im Termin zu veranlassen[3]).

Das Schulzenrecht geht offenbar davon aus, daß die Bürgensuche zu einem positiven Ergebnis führt, und setzt nun weiter den Fall, daß der Beklagte dine kampa winna ne mey. Auch der Zweikampf kann also durch Kämpen ausgetragen werden[4]). Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß der Beklagte gemeint ist. Auch sachlich ist anzunehmen, daß der Kläger, der ja selbst die Kampfklage erhoben hat, nicht eines Kämpen entbehren wird. Der Beklagte gewinnt eine neue Frist von 21 Tagen, und wenn er auch innerhalb dieser keinen Kämpen findet, dann eine dritte Frist. Nach Ablauf

---

[1]) Vgl. oben S. 211f.

[2]) Auffällig die Bezeichnung etker, da dies den „Spieß" bedeutet (s. Richthofen Wb. s. v., Siebs, I, S. 1297) und der Kampf mit Schwertern erfolgt, die sonst im Gegensatz zu etker stehen, vgl. Sch.-R. § 2.

[3]) Heck GV. S. 108 sagt der Schulze betreibe die „Bürgenstellung seitens des Missetäters".

[4]) So schon Lex. Fris. XIV § 7. Ob man aus der Fassung mit Walter RG[2] S. 335 auf eine Ausnahme schließen kann, lasse ich dahingestellt; aber der Fall ist, wie Brunner RG II[1] S. 440 hervorhebt, „vereinzelt".

Digitized by Google

von 63 Nächten aber findet unter allen Umständen der Kampf statt[1]). Man kann annehmen, daß der Beklagte, wenn er nun noch keinen Kämpen gefunden hat, eben selbst kämpfen muß[2]). Eine bestimmte Zeit für die Abhaltung des Zweikampfs ist nicht geboten[3]). Auch muß der Zweikampf nicht, wie H. H.[4]) annimmt im echten Ding stattfinden, was aber die Abhaltung eines Kampfding nicht ausschließt.

Der Streit ist auszufechten in dem Schulzenbezirk, in dem er beschworen ist[5]). Innerhalb dieses Bezirks aegh di schelta dine ker, hweer hi dat tingh[6]) keda leth[7]).

Daraus ergibt sich, daß der Zweikampf nicht an den üblichen Gerichtsstellen ausgetragen wird. Sodann entsteht die Frage, wem das Ding gekündigt wird. Zunächst wohl den Parteien. Denn im Kampfvertrag konnte der Dingplatz noch nicht vereinbart werden, da ihn der Schulze erst später nach seinem Ermessen festsetzte. Aber auch anderen Leuten, wie sich daraus ergibt, daß die folgenden Vorschriften die Anwesenheit Anderer voraussetzen. Das Friedensgebot über den Warf insbesondere hatte wohl seinen Grund darin, daß ein Umstand vorhanden war.

Dorthin sind die Kämpfer zu bringen, und der asega hat

---

[1]) Vgl. über Fristen nach anderen Rechten Brunner RG II[1] S. 377. Die Frist von 21 Nächten findet sich auch Wergeld § 1; Freiberger Stadtrecht XVII § 12.

[2]) So entscheidet z. B. L. Angl. et Wer.: „aut si campionem non habuerit ipsa ad novem vomeres ignitos mittatur".

[3]) Anders Brokmerbrief § 134.

[4]) S. 292.

[5]) Vgl. über ban = Schulzenbezirk Heck GV. S. 23.

[6]) Compthing im Emsigoer Pfennigschuldbuch § 31.

[7]) Die Ladung ist wohl Sache des bonnere; vgl. Heck GV. S. 43 Anderen Regeln folgt die Austragung des Kampfes nach dem 24. Landrecht; dort ist der Kampf gegen fünf Kämpen und zwar gegen je einen in den vier Ecken des Hauses gegen den fünften am Herd auszukämpfen. Gemeint ist wohl der Platz auf dem das abgebrannte Haus stand. Entsprechend Ostfr. LR. I, c. 110 (Wicht, S. 232 ff.).

Digitized by Google

ihnen den Kampfplatz (kampstal)[1]) abzugrenzen. Daß er ihn ihnen nicht bloß zu zeigen hat, ergibt sich daraus, daß nun erst die Maße folgen, ein schon abgegrenzter Platz also wohl nicht vorhanden war[2]). Der Kampfplatz soll 63 Erdfüße im Geviert messen. Innerhalb seiner halten sich die Kämpfer auf, die Kampfwärter[3]), der Schulze und der asega. Wer sonst hineingeht, muß dem Grafen zwei Pfund wetten[4]).

Nun muß der Schulze bannis biginna, d. h. das Kampfding bannen. Sodann urteilt der asega, daß die Kämpfer den Streit fechten sollen binnen dreier Tage mit sechs Waffen[5]) und zwar mit Schwertern[6]). Da jeder Kämpfer zwei

[1]) In Brokmerbrief § 148: kempena ham.

[2]) Anders wohl später; vgl. Wiarda, Willküren, S. 120.

[3]) Es sind zwei Grieswärtel da, parallel den Männern des Srp., die den Baum tragen.

[4]) Vgl. hierzu Brokmerbrief § 148: „Hwasa deth ene wald, and binime tha kempa thet strid inna tha hemme, sa skel hi vp riuchta tha secna, and tha liudum to reszande thritech merca, and thet hus thera liuda wald". Dazu Wiarda, Willküren, 120. H. H. 288.

[5]) Sechs Waffen nimmt auch an Fockema-Andreae S. 53. Außerdem erfahren wir aus dem Schulzenrecht nichts über die Kleidung der Kämpfer. Dagegen kennen andere Quellen (23. und 24. Landrecht, Rüstr. Recht § 58, Rq. S. 543) einen berskins kempa. Diesen hatten schon O. F. W. S. 181 als einen bloßschienigen Kämpfer erklärt, ohne aber die Zustimmung von Richthofen zu finden. Nu hat aber neuerdings Siebs I 1207, die Deutung „barschenklig" wiederholt, wie auch v. Helten S. 37, und dies macht es wahrscheinlich, daß mindestens da, aber wohl überhaupt in Friesland die Kämpfer wie im sächsischen Gebiet mit bloßen Füßen fochten. Zu bemerken ist, daß, wo das 23. LR. in Dr sagt: „enis berchinses kempa" der Text in J gibt „ene swirdkempa". Unrichtig die Übersetzung openbaren strijd bei H. Hettema, Fiv.-LR. S. 205; vgl. auch ebenda Glossar s. v. b. und H. H. S. 303 ff; ferner Brunner RG. II[1] S. 416, Anm. 100; Pufendorf, S. 70.

[6]) Über Waffen bei Zweikämpfen vgl. Brunner RG. II[1] S. 416 f. Daß die Friesen früher mit dem Kampfstock kämpften, ergibt sich aus den friesischen Rechtsquellen nicht. A. M. F. B. Hettema, Het knupelduel en de vrije Friezen (Handel. en Meded. v. d. Maatsch. d. Nederl. Letterk. te Leiden over het jaar 00—01); H. stützt sich auf die Lesart des zweiten Landrechts in J. (II, S. 84): „wtoer stryd, wtor stupa, ende wr lioede scelde". Nicht anzunehmen ist, daß unter den sechs Waffen solche verschiedener Art gemeint waren, so daß der

Digitized by Google

Schwerter haben soll, damit er beim Bruch des einen[1]) zum anderen greifen kann, so ist anzunehmen, daß je sechs Waffen gemeint sind, für jeden der drei Tage zwei. Die Schwerter werden abends und morgens vom Schulzen und asega besichtigt. Sie müssen gleich lang sein und an dem Kampfplatz bleiben.

Der Kampf dauert in der Regel drei Tage[2]). Deshalb heißt der Kampf des letzten Tages luckhetene. Es ist jedoch wohl häufig gewesen, daß er schon vorher durch Unterliegen eines der Kämpfer beendet wurde. Nach drei Tagen kämpft man nur noch wegen Gewalttat, Mordbrand und nommelsmoerd[3]). Ob die drei Tage hindurch immer gekämpft wurde, ist nicht gesagt. Jedenfalls endigt die Pflicht zum Kampf an jedem Tage mit Sonnenuntergang[4]).

Die Folgen des Unterliegens waren hier die gleichen wie beim lessa stryd[5]).

Kläger wie in Egilssaga von einer Art zur anderen übergehen konnte. Vgl. hierzu v. Amira, Altnorw. Vollstreckungsverfahren, S. 297.

[1]) U. sagt: „breke jefta unspronge".

[2]) Vgl. 23. Landrecht: „binna trim etmelum bifiuchta". Daß im Falle des § 63 Sch.-R. nur einen Tag lang gekämpft wird, wie H. H. S. 277 annimmt, ist nicht richtig. Der Fehler beruht auf der Übersetzung „met eenen zwaardkampa beslissen, welke alsdan met wettige bannen en met wettige daagvaardingen moet gehouden werden". Vgl. Fockema-Andreae S. 53 insbes. Anm. 2; Wiarda, Asegabuch, S. 161 nimmt an, daß diese drei Tage eine Frist waren, innerhalb deren der Kampf vom Gruß an gerechnet stattfinden mußte. Das ist unrichtig, obwohl wie Fiv.-LR. VI, 1 zeigt, binna thrim ethmelum auch eine Frist von drei Tagen sein kann, innerhalb deren etwas zu tun ist. Vgl. Pufendorf S. 71, 123.

[3]) Diesen n. erklärt H. H. S. 277 als Mord der Frucht einer schwangeren Frau. Bei His finde ich den Ausdruck nicht erklärt, Fockema-Andreae spricht nur von „Mord".

[4]) Analog Sch.-R. §§ 27, 28; anders Jur. Fris. I, 47.

[5]) Zum Schlusse spreche ich meinem Kollegen Dr. F. Wilhelm für verschiedene philologische Ratschläge auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aus.

Digitized by Google

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Digitized by Google

Verlag von O. Häring in Berlin
(Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.)

Encyklopädie der Rechtswissenschaft

bearbeitet von

Dr. Adolf Arndt, Professor in Königsberg, Dr. Franz Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. Karl Birkmeyer, Professor in München, Dr. Erwin Bruchet, Professor in München, Dr. Friedrich Hellmann, Professor in München, Dr. Paul Hinschius, Geh. Justizrat und Professor in Berlin, Dr. Heinrich Otto Lehmann, Geh. Justizrat und Professor in Marburg, Dr. Franz Leonhard, Professor in Marburg, Dr. Karl von Lilienthal, Hofrat und Professor in Heidelberg, Dr. Franz von Liszt, Geh. Justizrat und Professor in Berlin, Dr. Friedrich Stein, Professor in Halle.

Herausgegeben
von
Dr. Karl Birkmeyer,
Professor der Rechte in München.

Zweite, gänzlich umgearbeitete und vermehrte Auflage.

Lex.-8°. M. 32.—. Geb. M. 36.—.

Inhalt:

Einführung in die Rechtswissenschaft von Dr. Erwin Bruchet, Professor in München.
Das römische Recht von Dr. Franz Leonhard, Professor in Marburg.
Deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des deutschen Privatrechts von Dr. Heinrich Otto Lehmann, Geh. Justizrat und Prof. in Marburg.
Das bürgerliche Recht von Dr. Franz Bernhöft, Professor in Rostock.
Handels-, See- und Wechselrecht von Dr. Heinrich Otto Lehmann, Geh. Justizrat und Professor in Marburg.
Staatsrecht und Verwaltungsrecht von Dr. Adolf Arndt, Professor in Königsberg.
Das Zivilprozeßrecht von Dr. Friedrich Stein, Professor in Halle.
Konkursrecht und Konkursprozeß von Dr. Friedrich Hellmann, Professor in München.
Das Strafrecht, das Militärstrafrecht von Dr. Karl Birkmeyer, Professor in München.
Das Strafprozeßrecht, das Militärstrafgerichtsverfahren von Dr. Karl v. Lilienthal, Hofrat und Professor in Heidelberg.
Das Völkerrecht von Dr. Franz v. Liszt, Geh. Justizrat und Professor in Berlin.
Das Kirchenrecht von Dr. Paul Hinschius, Geh. Justizrat und Professor in Berlin.

Daß von dem vielseitig bekannten und weitverbreiteten Werke schon nach wenigen Jahren eine neue Auflage notwendig geworden ist, beweist, daß ein Bedürfnis nach einer derartigen Übersichtlichkeit besteht und daß deren hoher wissenschaftlicher Wert überall anerkannt und gewürdigt worden ist.

Plan und Methode der ersten Auflage sind festgehalten worden. Die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung sowie der Rechtsquellen sind mit der Darstellung des geltenden Rechtes verbunden, so zwar, daß sie stets die Einleitung der betreffenden Lehrfächer bilden. Dadurch ist Geschlossenheit und Übersichtlichkeit am besten erreicht worden.

Die zweite Auflage ist ergänzt worden durch zwei neue Abschnitte, und zwar Militärstrafrecht (Birkmeyer) und das Militärstrafgerichtsverfahren (v. Lilienthal), deren Aufnahme bei der außerordentlichen Bedeutung dieser Materien und bei ihrer praktischen Wichtigkeit im Offizierstande sehr willkommen sein dürfte. Die Verfasser haben sich bemüht, möglichst knapp und auf der anderen Seite klar die Darstellung des römischen Rechts auf das Notwendigste beschränken zu können, der leider manchmal geübten Sitte, als einer rein historischen Disziplin entgegentretend.

Die „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" von Birkmeyer ist wohl die Arbeit einer Einzelpersönlichkeit verfaßte, aber wissenschaftlich gehaltene Werk, welches über den Rahmen des bisherigen Rechtsstudiums hinausgeht.

Buchdruckerei Hellmuth Arnold Heinze & Co in Allenburg.